J. pract. 32 ha
(1-2

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

162 3G

Ueber executorische Urkunden und Executiv-Prozeß

von

Dr. Hans Karl Briegleb,

des. ordentl. Professor der Rechte zu Göttingen.

Erster Theil.

Zweite Auflage.

Stuttgart.

Verlag von S. G. Liesching.

1845.

g. D.

Geschichte

des

Executiv-Prozesses

von

Dr. **Hans Karl Briegleb.**

Zweite Auflage.

Stuttgart.

Verlag von Sam. Gottl. Liesching.

1845.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Druck von J. Kreuzer in Stuttgart.

Vorwort zur ersten Auflage.

Ein Schriftsteller aus Liebhaberei, welcher mit seiner ersten Schrift hervortritt, indem er auf bisher unbetretenem Wege ein mit den gangbaren Ansichten im Widerspruch stehendes Resultat gefunden zu haben glaubt, hat begreiflicher Weise gar Vieles auf dem Herzen, was er der Vorrede anvertrauen möchte. In dieser Lage befindet sich der Verfasser des vorliegenden rechtsgeschichtlichen Versuchs.

Nicht als ob ich mit der Liebhaberei das Produkt selbst zu entschuldigen, oder den Erstling meiner spärlichen Muße der Kritik zu entziehen, oder die Methode meiner Arbeit im Ganzen zu rechtfertigen gemeint wäre: ich bin namentlich in Beziehung auf

den letzten Punkt in der glücklichen Stimmung dessen, welchem der Glaube an die Autorität verehrter Männer der Wissenschaft durch eigene Prüfung zur Erkenntniß geworden ist; ich bin vollkommen beruhigt, wenn es mir gelungen ist, den kleinsten Theil des Bodens, welchen Savigny im Civilrecht, Hollweg im Prozeß für uns gewonnen hat, mit einigem Erfolg zu bearbeiten.

Desto mehr wäre über die Frage, von welchen Voraussetzungen das Gelingen einer solchen Arbeit abhängig sey, vielleicht auch hier beizubringen gewesen, eine Frage, welche so manche andere in sich schließt. Was ist als Ziel einer solchen Arbeit zu setzen? Nach welchen Grundsätzen ist bei der Auswahl des geschichtlichen Stoffs zu verfahren? Welche Darstellungsweise, welche Ordnung der Materialien ist die zweckmäßigste? Was darf bei dem Leser vorausgesetzt, was muß ausdrücklich gegeben werden, um das Verständniß des Einzelnen zugleich mit der Uebersichtlichkeit des Ganzen zu fördern?

Alle diese Fragen sind noch nirgends genügend erörtert, und ich bescheide mich gern, daß zu solcher Erörterung eine Vorrede nicht Raum bietet.

Nur das glaube ich hier bemerken zu müssen, daß ich bei der Anlage und Ausführung meiner Arbeit vorzugsweise das Bedürfniß junger Praktiker im Auge gehabt, welche sich über die Herkunft und das Wesen der sie umgebenden Formen wunderlichen Ansehens verständigen möchten.

So mag denn dieses Schriftchen seinen Weg ohne weiteren Geleitbrief antreten.

Nürnberg, im Januar 1839.

Briegleb.

Vorwort zur zweiten Auflage.

Seit dem ersten Erscheinen dieser Schrift habe ich weder Gelegenheit gehabt, die geschichtlichen Erörterungen, welche deren Inhalt bilden, zu bereichern, noch Veranlassung, von den Ergebnissen derselben irgend etwas zurückzunehmen oder abzuändern.

Dieß scheint freilich mit den Entdeckungen, durch welche inzwischen Adam Friedrich Gett in Eichstätt die Literaturgeschichte des Executivprozesses bereichert hat, in Widerspruch zu stehen. Ueber den Executivprozeß soll nehmlich vor vierhundert Jahren Antonius de Canario außer dem wohlbekannten Tractat de executione instrumentorum noch zwei andere Schriften, eine de instrumento guarentigiato und eine de

excusatore [1]) geschrieben haben; dann aber soll in den Jahren 1829 und 1831 auch Savigny über den Ursprung des Executivprozesses Forschungen angestellt und in zwei stattlichen aller Welt wohlbekannten Oktavbänden veröffentlicht haben. Das sind nun freilich Entdeckungen, deren Gewicht Niemand verkennen sollte, und die besonders für den Verfasser einer im Jahr 1839 ausgegebenen Geschichte des Executivprozesses wahrhaft erschütternd seyn müßten; allein sie verlieren ihre Bedeutung (alle Welt darf sagen: leider, ich muß sagen gottlob) [2]) ganz und gar, so wie man gewahr wird, und man wird es leicht und bald gewahr,

---

1) Den Tractat de excusatore (sine mandato d. h. von der Vertheidigung eines Abwesenden ohne Auftrag) findet der Kriminalist, der sich allenfalls dafür interessiren könnte, in der Lyoner Tractatensammlung Vol. III. Fol. 44b — 46b.

2) Dieses gottlob wird mir der verehrte Verfasser der Geschichte des R. R. im Mittelalter gewiß verzeihen; denn wie Vieles ich auch von ihm gelernt habe, wie sehr ich ihm den besten Theil meiner Bildung verdanke, — nachdem ich die Geschichte des Executivprozesses nun einmal geschrieben habe, ohne von Forschungen Savigny's über denselben Gegenstand und mit denselben Resultaten etwas zu wissen, muß ich jetzt nach dem Gesetze der Selbsterhaltung von Herzen froh seyn, daß solche Forschungen in Wirklichkeit nicht existiren.

daß die ganze Entdeckung, mag sie ernstlich oder scherzhaft gemeint seyn, weiter nichts ist, als einer jener glücklichen Griffe, mit welchen es einem Landsmanne des Entdeckers vor wenig Jahren allen natürlichen Hindernißen zum Trotz gelungen ist, J. H. Böhmer's Leibesproducte zu multipliciren.

Ich kann daher in der gegenwärtigen zweiten Auflage nichts Anderes liefern, als einen unveränderten Abdruck der ersten, mit einigen wenigen Zusätzen, welche den ursprünglichen Text nicht wesentlich berühren und mit Klammern: [ ] bezeichnet sind. Zu berichtigen war nur die Angabe über das Alter der in Kap. VI. §. 3. benützten Wormser Reformation (S. 347 der 1. Aufl., S. 225 der 2. Aufl.); neu hinzugekommen ist der Schlußsatz dieses ersten Theils.

Unter diesen Umständen schien es mir auch recht und billig, in der Einleitung Kap. I. §. 2. den Text der ersten Auflage unverändert wiederzugeben, wenn gleich das, was ich damals von der Ansicht Anderer mit Recht sagen konnte, jetzt nicht mehr in dieser Allgemeinheit gilt. Insbesondere konnte ich mir nicht versagen, zur Bezeichnung der bis vor Kurzem herrschenden Ansicht über den Ursprung des Executivprozesses Bayer's eigene

Worte aus der 4. Aufl. seiner summar. Proz. beizubehalten, obgleich dieser Gelehrte unter den Ersten meine gegen jene Ansicht gerichteten Ermittlungen mit großer Freundlichkeit an- und aufgenommen hat. Es gilt ja der Sache, und im Interesse der Sache durfte ich auf die Klarheit und Bündigkeit, mit welcher Bayer diese ältere Ansicht darlegt, nicht verzichten. Uebrigens ist jedem Mißverständnisse durch geeigneten Zusatz zu Anmerkung 3. S. 6—7 vorgebeugt. Etwas Aehnliches wiederholt sich unten in Kap. VI. §. 2. (S. 332 der ersten Aufl., S. 215 der 2 Aufl.) gegenüber einigen von Mittermaier früher aufgestellten, jetzt aufgegebenen Conjecturen. Wer etwa glauben möchte, daß ein solches Aufgeben einer unhaltbaren Vermuthung von Seite des ersten Urhebers selbst schon genug sey, um die Wiederkehr desselben Irrthums für immer auszuschließen, der vergißt einen Charakterzug unserer Literatur, von welchem Göthe bei Falk S. 88 in einem leicht amplificirlichen Gleichnisse spricht.

Erlangen, im April 1845.

Briegleb.

Inhalt.

Seite

Erstes Kapitel.

Einleitung 3

Zweites Kapitel.

Italien 33

Drittes Kapitel.

Geistliche Gerichte 124

Viertes Kapitel.

Spanien 151

Fünftes Kapitel.

Frankreich 181

Sechstes Kapitel.

Deutschland 209

Anhang.

Erster 242

Zweiter 246

Dritter 247

Geschichte

des

Executiv=Prozesses.

Erstes Kapitel.

Einleitung.

§. 1.

Der Executivprozeß gehört nach dem einstimmigen Urtheile aller Prozeßlehrer zu denjenigen Rechtsinstituten, deren Grundlage weniger in positiven Gesetzen als in einem uralten Gewohnheitsrechte zu suchen ist.[1]) Die Ausbildung dieses Instituts bis zu seiner heutigen Gestalt ist das Werk des Gerichtsgebrauchs und der denselben beherrschenden Meinungen der Rechtsgelehrten. Ebendeßhalb aber leidet die Theorie dieser Prozeßart von jeher an mancherlei irrigen, schwankenden und streitigen Lehrsätzen. Es liegt dieses in der Natur der Sache. Es liegt aber eben so sehr in der Natur der Sache, daß von Zeit zu Zeit die Wissenschaft ihr unbestreitbares Revisionsrecht ausübe.

Wie nun zur Berichtigung solcher Irrthümer, zur Ausgleichung der Controversen, zur wissenschaftlichen Begründung mancher zwar richtigen aber doch nur gedankenlos überlieferten Sätze: wie also zur Feststellung einer wahren Theorie zu gelangen sey, darüber kann, — abgesehen von der Schwierigkeit der Ausführung, — kaum ein Zweifel bestehen.

---

1) Martin, Lehrb. des bürgerl. Proz. 12. Ausg. §. 250. S. 458. — Schilter, praxis juris romani in foro german. T. I. exercit. XIII. §. XV.

Darin ist man wohl überall gleicher Meinung, daß es bei jeder wissenschaftlichen Untersuchung zunächst auf eine richtige Erkenntniß des inneren Wesens, der eigentlichen Natur des Gegenstandes der Untersuchung ankommt. Man hat aber von jeher verschiedene Wege eingeschlagen, um diese Erkenntniß zu erlangen; man hat auf diesen verschiedenen Wegen natürlich auch sehr verschiedene Resultate gewonnen. Dieß gilt nicht nur von der Rechtswissenschaft überhaupt, sondern besonders auch von der Prozeßtheorie. Ich darf mich hier im Allgemeinen mit der blosen Nennung des heftigen Streites, in welchen seit Anfang dieses Jahrhunderts eine angeblich rein rationelle Untersuchungsweise mit der historischen gerathen ist, um so mehr begnügen, als ich eines Theils den trefflichen Bemerkungen, in welchen Bethmann-Hollweg den Streit mit wissenschaftlichen Gründen entschieden hat,[2]) nichts Wesentliches bei zu setzen wüßte, anderen Theils aber in besonderer Beziehung auf den Gegenstand unserer Untersuchung ein recht lebendiges und praktisches Beispiel nahe zur Hand liegt, um zu zeigen, welcher Verirrung die rein rationalistische Auffassung des Wesens und der Natur eines auf uraltem Herkommen und Gerichtsgebrauche beruhenden Rechtsinstituts ausgesetzt ist. Ich meine die von Gönner allen geschichtlichen Ueberlieferungen zum Trotze erfundene, in seinem Handbuche, 2. Aufl. Band 4. Abhandl. 68. §. 12. S. 227—230. aufgestellte, von Grolman in der 2. Aufl. seines Lehrbuchs, §. 245, S. 540—543, adoptirte Theorie über das Wesen der prozeßhindernden Einreden und ihre Verwandtschaft mit dem Exekutivprozesse, eine Theorie, welche die Wahrheit vollkommen auf den Kopf stellt

2) In der bekannten Vorrede seines Grundrißes zu Vorlesungen über den Civilprozeß, 1. Ausg. Berlin 1821, 2. Ausg. ebend. 1825. (Eine veränderte Vorrede hat die 3. Ausg. von 1832.)

und in den verkehrten Einfall eines umgekehrten Exekutivprozesses ausläuft.[3])

Nach solchen Vorgängen muß man sich um so dringender aufgefordert fühlen, eine Revision der Theorie des Exekutivprozesses nicht ohne ernstliche Bemühung um die Geschichte dieser Prozeßart zu unternehmen, als selbst das, was auf diesem Wege bisher von Anderen geleistet worden ist, nicht befriedigen kann.

§. 2.

Nach einer jüngst noch beinahe allgemein verbreiteten Ansicht neuerer Prozeßlehrer[1]) soll nehmlich der Exekutivprozeß rein

---

3) Gönner a. a. O. „Prozeßhindernde Einreden sind nichts als das schleunige Verfahren bei liquiden Beweisen (sic!), wie es durch die Lage des Beklagten zur Anwendung gebracht werden kann; sie sind, wenn ich mich so ausdrücken darf, der umgewandte Exekutivprozeß. (inversus processus executivus.)"

Also Einreden sind ein Verfahren! Prozeßhindernde Einreden sind ein umgewandter Exekutivprozeß! — Welche monströse Procedur durch diesen perversen processus executivus inversus herbei geführt werden soll, kann man nachsehen bei Gönner und Grolman a. a. O. Die Praxis hat sich zwar nicht bethören lassen und Grolman selbst hat sich in der Folge soweit eines Bessern besonnen, daß er die Gönnersche Theorie wenigstens nicht mehr für praktisches Recht ausgibt; s. 5. Ausg. seines Lehrbuchs §. 245. S. 401. Dennoch hat die Autorität zweier solcher Prozeßlehrer das Ihrige beigetragen, die trostlose Lehre von den prozeßhindernden Einreden durch blendende Argumente, entlehnt aus falschen Voraussetzungen, noch mehr zu verwirren.

1) Heffter, Institutionen des Civilproz. S. 432. 433. — Mittermaier, der gemeine deutsche Proz. Beitrag IV. Bonn, 1826. S. 107—109. — Mühlenbruch, Entwurf des Civilproz. Halle, 1827. §. 568. S. 244. 245. — Bayer, summar. Proz. 4. Aufl. v. J. 1838. §. 41 S. 92—94. — Ganz ungenügend ist das, was Kori in seiner Schrift über den Exekutivprozeß §. 5. S. 9. der

deutschen Ursprungs seyn und insbesondere aus dem im Jahre 1442[2]) in Deutschland noch gebräuchlichen Pfändungsrechte wegen kuntlicher und unlogenbarer Schuld hergeleitet werden.

„Vor der Verbreitung des römischen Rechts in Deutsch-„land sey nehmlich dem Gläubiger, welcher kuntliche und „unlogenbare Schuldforderungen gegen Jemand und darüber „Bürgen oder Briefe hatte, die Pfändung erlaubt gewesen und „zu noch größerer Sicherheit des Gläubigers sey ihm häufig „dieses Pfändungsrecht in dem Schuldbriefe durch eigene Klau-„seln ausdrücklich eingeräumt worden. — Um nun nach der „gesetzlichen Aufhebung dieser Art Selbsthülfe wenigstens einigen „Ersatz dafür zu erhalten, sey es Sitte geworden, sich bei „verbrieften Schulden wenigstens um schleunige Exekution an „das Gericht zu wenden, welche auch um so weniger versagt „worden, je fühlbarer der Gegensatz des neuen weitläufigen „Verfahrens zu den bisherigen Sitten habe seyn müssen, gemäß „welcher sich der Gläubiger selbst außergerichtlich zu dem Sei-„nigen verhelfen durfte.“[3])

---

2. Aufl. sagt. — Nur Martin ist schon in der 11. Aufl. seines Lehrbuchs §. 250. Note a. S. 436. (12. Aufl. S. 456.) mit Recht anderer Meinung, welcher sich auch Rudorff in seinem Grundriß zu Vorlesungen über den Civilproz. Berlin 1837. §. 73. angeschlossen hat.

2) Reformation Kaiser Friedrichs III. v. 1442. §. 2—5. (Neue Sammlung der Reichsabschiede, Frankf. 1747. f. Th. I. S. 171. 172. — Bergmann, Corpus juris judic. S. 4—6.)

3) Bayer a. a. O. in Uebereinstimmung mit fast allen gleichzeitigen Schriftstellern, und namentlich mit Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte (4. Ausg. v. J. 1836.) Th. III. §. 463. Num. 1 und Note g. — vgl. Schilter l. c.

[Inzwischen ist die im Text berichtete Ansicht aufgegeben worden: von Mittermaier, in der 2. Auflage (vom J. 1840.) der in Note 1. allegirten Schrift, S. 155 ff. — von Seuffert, Hdb.

Wann und wie sich jene Sitte, — und somit die Anfänge des Exekutivprozesses, — zuerst in Deutschland bemerklich gemacht habe, darüber vermißt man bestimmtere Nachweise.

Ueber das wann zwar wäre nach der herrschenden Ansicht wenigstens so viel als gewiß anzunehmen, daß die ersten Spuren des Exekutivprozesses nicht vor der Verbreitung des römischen Rechts in Deutschland und nicht vor dem Jahre 1442, frühestens also in der zweiten Hälfte des XV. Jahrhunderts vorkommen können.

Dagegen bleibt die bei weitem wichtigere Frage: wie es denn gekommen sey, daß das an die Stelle der früheren Selbstpfändungen getretene gerichtliche Verfahren gerade die bestimmte Gestalt gewonnen habe, welche den Exekutivprozeß charakterisirt? völlig unbeantwortet.

Findet zwischen dem Exekutivprozesse und den vormaligen Pfändungen ein innerer Zusammenhang Statt? von welcher Art? und von welchen Folgen für die allmähliche Gestaltung des neuen an die Stelle des älteren getretenen Instituts? dieß alles sind Fragen, ohne deren Lösung alle Nachweisungen darüber, wann und wo der Exekutivprozeß zuerst vorgekommen sey, keinen praktischen Werth haben.

---

des deutschen Civilproz. Th. II. v. J. 1841. S. 43, von Bayer selbst, in der 5. Aufl. (vom J. 1841.) der summarischen Processe, — von Linde in der 6. Aufl. (vom J. 1843) seines Lehrbuchs des Civilprocesses §. 360, — und, wenn ich recht verstehe, auch von Heffter, System des römischen und deutschen Civilproceßrechts, 2. Ausg. vom J. 1843, §. 410.

Eichhorn jedoch wiederholt in der 5. Ausg. seines eben allegirten Werks lediglich die frühere Ansicht; allein ohne neue Beweisgründe. — Mühlenbruch, in der 2. Aufl. seines Entw. des Civilproz. v. J. 1840. S. 213. spricht sich nicht bestimmt aus.]

Aber auch in der Angabe des Vaterlands und der Zeit des Ursprungs hat man geirrt.

Nicht Deutschland, sondern Italien ist das ursprüngliche Vaterland des Exekutivprozesses.[4]) Hier findet er sich schon sehr frühe als ein eigenthümliches Institut der toskanischen, dann der lombardischen Stadtrechte vor, dessen sichere Spuren bis in das XII. Jahrhundert zurückgehen. Es verbreitete sich bald über ganz Italien; später, und zwar wenigstens schon im XIV. Jahrhundert, über die Nachbarländer Frankreich und Spanien; und endlich auch über Deutschland, wo uns sichere Spuren desselben nicht vor dem XVI. Jahrhundert begegnen.

§. 3.

Um es aber begreiflich zu finden, wie ein ursprünglich so partikuläres Institut eine solche Verbreitung, ja zuletzt in fremden Ländern das Ansehen des gemeinen Rechts erlangen konnte, erscheint es nöthig, über das Verhältniß der italienischen Stadtrechte zu dem schon im XII. Jahrhundert in Italien als gemeines Recht geltenden römischen Rechte und mittelst desselben zu dem gemeinen Rechte der Spanier, Franzosen und Deutschen Einiges voran zu schicken.

Nun fällt aber der Zeitpunkt des Entstehens der italienischen Stadtrechte und der ersten Erscheinungen des Exekutivprozesses in denselben genau mit jener Periode der ersten

4) Diese in neußter Zeit so sehr in Vergessenheit gerathene Wahrheit ist schon sehr bestimmt in einer Schrift vom Jahr 1744 ausgesprochen: Henr. Theod. Breitensteinii Commentatio de confessione civili. Helmst. 1744. §. LVIII. nota p. pag. 136: Ex Italia ad nos pervenit processus executivus, Romanis incognitus, qui innititur instrumento guarentigiato, quod paratam habet executionem.

Entwickelung des modernen Rechtszustandes der romanischen Länder überhaupt zusammen. Schon deßhalb ist es unerläßlich, vor Allem die Hauptmomente, welche den Gang dieser Entwickelung bezeichnen, zu vergegenwärtigen. Manches Bekannte muß hierbei vorausgesetzt,[1]) Manches ausdrücklich in das Gedächtniß zurück gerufen, Manches endlich geradezu ignorirt werden, in dem wir uns auf zwei Hauptgesichtspunkte beschränken: in der allgemeinen Zeichnung des Entwickelungsganges des modernen Rechtszustandes nehmlich können wir zunächst nur das Prozeßrecht im Auge haben, welches auch bei weitem mehr als das materielle Civilrecht die charakteristischen Merkmale der Modernität an sich trägt; aber auch innerhalb dieser engeren Grenze sind wiederum vorzugsweise die Momente hervor zu heben, welche die rechtsgeschichtliche Bedeutung der Stadtrechte bezeichnen.[2])

§. 4.

Der wichtige Einfluß, welchen auf die Bildung des modernen Rechtszustandes unter allen Völkern germanischen Ur-

---

1) Ich verweise deßhalb auf von Savigny's Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, welche ich stets nach der zweiten Ausgabe citire, und auf die oben (§. 1. Note 2.) angeführte Vorrede Bethmann-Hollwegs.

2) Durch die bestimmte Bezeichnung dieser doppelten Beschränkung glaube ich, die nachfolgende Darstellung vor dem Vorwurfe der Einseitigkeit und Mangelhaftigkeit gesichert zu haben. In einer Schrift über den Prozeß überhaupt würde vielleicht die eine Seite, welche der beschränkte Gegenstand dieser Schrift besonders hervorzuheben gebot, einen untergeordneteren Rang einnehmen. Doch muß ich hier wiederholen, daß ich von einer genauen Untersuchung der italienischen Stadtrechte auch für andere Partieen unserer Prozeßtheorie, ganz besonders aber für die Theorie der summarischen Prozeßarten, sehr interessante Resultate erwarte.

sprungs die nach dem Untergange des westlichen römischen Reichs eingetretene Vermischung der römischen und germanischen Völkerschaften in Italien geäußert hat, ist nunmehr längst anerkannt.

Als Faktoren dieses modernen Rechts können im Allgemeinen bezeichnet werden: römische Rechtswissenschaft und germanische Rechtssitte. Beide waren durch die Ansiedelung der germanischen Völkerschaften in den eroberten Ländern des römischen Reichs vorerst wenigstens in die engste örtliche Verbindung gebracht worden. Es ist nehmlich bekannt, daß der römischen Bevölkerung auch nach der Eroberung ihr römisches Recht von den germanischen Siegern unverkümmert gelassen wurde, während diese auch auf römischem Boden nach ihren alten Volksrechten lebten: dergestalt, daß allein die Volksabstammung bei jedem Einzelnen entschied, nach welchem Rechte er zu leben habe.[1])

Indessen liegt es in der Natur der Sache, daß diesem Grundsatze zum Trotze die innigen Beziehungen, in welche die Sieger zu den Besiegten von vorn herein durch die Theilung des vorgefundenen Grundeigenthums gekommen waren, das enge Zusammenleben derselben und der tägliche Verkehr unter ihnen, die noch engere Verknüpfung derselben durch Familienverbindungen, ihr gemeinschaftliches Interesse bei der Abwehr äußerer Angriffe, nach und nach ein so festes Aneinanderschließen, eine solche Vermischung derselben herbeiführen mußte, welche nicht ohne wesentlichen Einfluß auf die Rechtsverhältnisse der Gesammtheit der Bevölkerung bleiben konnte. Einem solchen Einfluße war am frühesten und bedeutendsten

---

1) Die Ausnahmen hievon sind theils nur scheinbar, theils selten, und betreffen am wenigsten das Civilrecht.

die Einwohnerschaft der Städte ausgesetzt. Entschieden war dieser Einfluß, als sich die einzelnen Bestandtheile der ganzen Bevölkerung zu neuen Stadtgemeinden vereinigt hatten, ein Zustand, welcher für Italien im XI. und XII. Jahrhundert als ein leicht erkennbarer und wohlbefestigter hervortritt.

Allein bis dahin waren Jahrhunderte stürmischer Bewegung vorhergegangen, aus welcher zwar die Befestigung der politischen Verhältnisse erwachsen war, für die Ausbildung des bürgerlichen Rechts aber nur wenig geschehen konnte. Oberitalien hatte aus dieser bewegten Zeit jene im Laufe des XI. Jahrhunderts aufblühenden reichen und mächtigen Freistädte gerettet. Die Macht derselben war faktisch längst begründet, als ihr durch den Costnizer Friedensschluß vom J. 1183 auch die äußere Anerkennung von Seiten des Schutz- und Lehen-Herrn und damit eine feste staatsrechtliche Grundlage zu Theil wurde. Erst in dieser Periode und unter diesen Verhältnissen war es möglich, an die Ordnung der inneren Verhältnisse zu denken.

Als Grundlage dieser Ordnung konnte sich das System der persönlichen Rechte auf die Dauer unmöglich halten. Denn alle Bedingungen des Bedürfnisses, ja selbst der Möglichkeit einer solchen Sonderung waren verschwunden, seitdem die Bevölkerung selbst als eine in die ursprünglichen Bestandtheile römischer und germanischer Abstammung gesonderte nicht mehr bestand.

Indessen hatte doch das System der persönlichen Rechte dem Princip nach fortgedauert; insbesondere war auch die Gültigkeit des römischen Rechts niemals unterbrochen worden. Römisches Recht und germanisches bestanden immer noch neben einander mit gleichem Anspruche auf formelle Gültigkeit. Eine naturgemäße Umgestaltung des Civilrechts konnte daher nur durch den gegenseitigen Einfluß dieser germanischen und

römischen Elemente zu Stande kommen. Entscheidend aber konnte dieser Einfluß nur durch das Gewicht wissenschaftlicher Bearbeitung der Rechtsquellen werden. Denn erstlich lag das vorschnelle Gesetzmachen überhaupt nicht im Geiste jener Zeit; zweitens würde ein gewaltsamer Eingriff in den Grundsatz der persönlichen Rechte kaum durchführbar gewesen seyn; drittens lag in der damaligen höchst beschränkten Rechtskenntniß, — welche kaum etwas anderes war, als ein Aggregat der nothdürftigsten durch ihre traditionelle Fortpflanzung unter einem verwilderten Volke und in einer Zeit rastloser politischer Bewegung verunstalteter Formeln, — für jede Gesetzgebung ein Hinderniß, welches nur durch die umfassendsten wissenschaftlichen Vorarbeiten beseitigt werden konnte.

Als eine besonders segensreiche Fügung muß es daher anerkannt werden, daß durch die ununterbrochene Gültigkeit des römischen Rechts, dessen Quellen während einer langen Zeit der Barbarei zwar ungekannt, aber doch nicht schlechthin unzugänglich waren, für eine bessere Zeit Stoff und Veranlassung zu solcher Arbeit aufbehalten blieb.[2])

2) Es beruht gewiß auf Täuschung, wenn man es hie und da beklagt hat, daß die wissenschaftliche Thätigkeit der folgenden Periode dem römischen Rechte zugefallen und dadurch der Fortbildung des germanischen Rechts entzogen worden sey. An diesem würde eine solche Thätigkeit wohl gar nicht erwacht seyn. Ja wer die Möglichkeit einer solchen einseitigen Entwickelung annimmt, der müßte die innere Nothwendigkeit des Ganges, welchen die europäische Kultur- und Staaten-Geschichte seit Jahrhunderten genommen hat, läugnen. Die Herrschaft des römischen Rechts wurde für die Völker des westlichen Europa ein gemeinsames inneres Band, dessen sie um so mehr bedurften, je mehr sie durch ihre äußeren Verhältnisse den individuellsten Richtungen preißgegeben waren. Das Bedürfniß eines solchen Bandes bezeugt die Geschichte auf jedem Blatte. — Das Beispiel Englands beweist nichts für das Festland.

§. 5.

Es ist bekannt, welch eminente Thätigkeit sich an diesem Stoffe seit dem Anfange des XI. Jahrhunderts entwickelt hat, welchen Umschwung das Auftreten der Bolognesischen Rechtsschule in dem geistigen Leben zunächst der italienischen Staaten herbeigeführt hat.

Jetzt, indem das römische Recht durch die wissenschaftlichen Bemühungen der Glossatoren nach dem ganzen Umfange und Reichthume seiner Quellen bekannt wurde, war das Uebergewicht desselben über die germanischen Rechte und somit der vorherrschende Einfluß desselben auf die Formation des modernen Rechtszustandes gesichert.[1]

Die Gründe dieses Uebergewichts lagen eben so wohl in den inneren Vorzügen des römischen Rechts als in den gesteigerten Bedürfnissen der Zeit. Ein allgemeiner und heftiger Widerstand der germanischen Volksrechte war daher um so weniger denkbar, als die Nachkömmlinge der germanischen Einwanderer selbst nicht mehr Germanen waren.

Im Einzelnen aber mußten sich allerdings manche von der gemischten Bevölkerung als gemeine Gewohnheit angenommene Rechtsinstitute germanischen Ursprungs vorfinden, welche man aufzugeben keineswegs bereit war. Indessen waren doch diese vom römischen Rechte abweichenden Gewohnheiten immerhin nur Einzelheiten, welche als ein geschlossenes Ganzes

---

1) Ich brauche wohl kaum nochmals daran zu erinnern, daß hier blos vom Civilrechte die Rede ist. In der Ordnung der öffentlichen Verhältnisse hatte sich allerdings schon früher das Uebergewicht des germanischen Rechtes aus sehr begreiflichen Gründen geltend gemacht. Die vorherrschend germanische Grundlage des öffentlichen Rechts, das Lehenwesen, war daher lange vor Umgestaltung des Civilrechtes organisirt.

und als Gegenstand einer selbstständigen theoretischen Bearbeitung nicht gedacht werden können und ihre Ergänzung aus der Theorie des römischen Rechts nothwendig erhalten mußten. Wo es also darauf ankam, ein vollständiges System des damals gültigen Rechts zu geben, da war eine Combination des Gewohnheitsrechts mit der Theorie des römischen Rechts, da war die Mischung beider Elemente nicht zu umgehen.

In solchen Fällen nun suchte man gewöhnlich die einzelnen abweichenden Gewohnheiten vor dem überwiegenden Ansehen der römischen Rechtslehre durch eine künstliche Anschließung an die Grundsätze der letzteren zu retten. Wollte man nun die Eigenthümlichkeit der ersteren nicht völlig aufgeben, so mußte man begreiflicher Weise häufig eine sehr gezwungene Auslegung der römischen Rechtsquellen zu Hülfe nehmen, worunter freilich die Reinheit der römischen Rechtslehre leiden mußte. Aehnliche Modifikationen — oder, wenn man will, Korruptionen — des römischen Rechts mußten aber auch in anderen Fällen, (wo es nicht gerade galt, etwa ein einzelnes durch Gewohnheit bereits begründetes Rechtsinstitut so viel möglich zu erhalten,) aus dem Widerstreben der herrschenden Gesinnung und Sitte, im Allgemeinen genommen, gegen einzelne Lehren des römischen Rechts hervorgehen. Die Glossatoren zwar, als Repräsentanten der reinen römischen Rechtslehre, bequemten sich diesen Anforderungen der neueren Zeit nur wenig.[2]) Aber schon ihre unmittelbaren Nachfolger unter den Lehrern des römischen Rechts in Italien, die Ju-

---

2) Gänzlich frei von solchen Einflüssen sind sie aber auch nicht geblieben, und es wird gerathen seyn, manche Abweichung der Glosse von dem wahren Sinne der Quellen näher zu prüfen, wobei sich nicht selten zeigen wird, daß die Gründe der Abweichung tiefer liegen, als in blosem Mißverständnisse.

risten des XIII. und XIV. Jahrhunderts hatten sich dem Einfluße einer modernen Rechtsbildung entschieden hingegeben. Da nun die ganze Thätigkeit der gelehrten Juristen jener Zeit beinahe ausschließend an die Form fortlaufender Erklärung der römischen Rechtsquellen gebunden war, welche in den sehr zahlreichen Kommentaren aus dem XIII. bis zum Ende des XV. Jahrhunderts vor uns liegt, so war von nun an auch die formelle Verknüpfung jener aus germanischer Gesinnung und Sitte auf italienischem Boden entstandenen Gewohnheiten mit der Theorie des römischen Rechts entschieden.

Wie jedoch bei aller äußerlichen Verknüpfung doch der innere Widerstreit schon frühzeitig zu Controversen Anlaß geben mußte, welche selbst der rechtlichen Existenz solcher Gewohnheiten gefährlich waren; wie insbesondere, nachdem die Ansicht von der allgemeinen Verbindlichkeit des römischen Rechts immer mehr befestigt war, jene erkünstelte Begründung solcher Gewohnheiten durch gezwungene Uebertragung römischer Grundsätze leicht vernichtet werden konnte, sobald man nur (wozu man formell jedenfalls berechtigt war) die Theorie des römischen Rechts in ihrer Reinheit rücksichtslos wieder her zu stellen anfing, so mußte man zuletzt allerdings daran denken, durch förmliche Gesetze die Controversen abzuschneiden und jene von der Theorie bestreitbaren, durch altes Herkommen aber geheiligten Institute sicher zu stellen.

§. 6.

In diesem Sinne[1]) entstanden gegen das Ende des XII. und im Laufe des XIII. Jahrhunderts, und zwar zuerst in

1) Dieß soll jedoch nur von den aus dem oben bezeichneten Zeitraume herrührenden Stadtrechten behauptet werden. Bezüglich älterer

Oberitalien, zahlreiche Stadtrechte,[2]) recht eigentlich als Produkt jenes Prozesses neuer Rechtsformation, voll von sichtbaren Spuren germanischer Elemente,[3]) und doch wieder unter dem entschiedensten Einflusse der römischen Rechtswissenschaft.

Sie entstanden nach und nach als Sammlungen einzelner Statuten, nicht aber plötzlich als eigentliche Gesetzbücher. Die Gemeinden hielten eigene Statutenbücher, volumina statutorum, in welche die einzelnen Statuten erst chronologisch, späterhin nach Materien abgetheilt, eingetragen wurden. Hiermit waren eigene Beamte betraut. Planmäßige Umarbeitungen, eigentliche Reformationen, kommen erst später vor.

Statuten halte ich die Bemerkung Savigny's, (Gesch. d. R. R. Band III. Cap. XXII. §. 189. S. 513.) wonach dieselben durch die Verschmelzung der verschiedenen Nationen in neue Stadtgemeinden veranlaßt seyn sollen, für sehr gegründet. Aber was sind auch diese ältesten Statuten? Nichts weniger, als komplete Stadtrechte, wie sie etwa im XIII. Jahrhundert vorkommen; sondern kurze, vorzugsweise auf die öffentlichen Verhältnisse sich beziehende Instruktionen für die wichtigeren Municipalämter (Consuln und Podestaten —); so namentlich auch noch die von Muratori (Antiquitates Italicae diss. 50. Tom. IV. p. 527—567) mitgetheilten Statuten von Pistoja.

2) Muratori Antiquit. Diss. XXII. (de legib. Italicorum et statutorum origine) Tom. II. p. 281. 282:... „iisdem temporibus (saec. XIII.) succrevisse immanem illam ejusmodi municipalium legum sive statutorum silvam".

[Niebuhr in einem Brief an Savigny vom 16. Februar 1817. (Lebensnachrichten über Barthold Georg Niebuhr, Bd. II. S. 287): „Morelli, der sie (die italienischen Municipalstatuten) auf der Marcusbibliothek sammelt, hat über dreihundert zusammengebracht, und ihm fehlen noch manche: es hatte sich fast jede Stadt ihr eigenes Civilrecht ausgebildet."]

3) Schon Hommel (Rhapsod. quaestion. Obs. 649. in rubro et num. 15. Ed. 4. Vol. V. p. 221. et 226.) macht die richtige Bemerkung: pleraque statuta Italicorum urbium germanizant.

Großen Vortheil mußte noch eine treffliche und für die damaligen Verhältnisse charakteristische Einrichtung gewähren, welche uns im XII. Jahrhundert begegnet und nach welcher die Obrigkeit verpflichtet war, zu Richtern und Advokaten eine gleiche Zahl von römischen Rechtsgelehrten und von Kennern des Gewohnheitsrechts zu bestellen.[4])

Aus den Schriften der italienischen Juristen des XIII. und XIV. Jahrhunderts,[5]) besonders aus ihren Quästionen und Consilien ist zu entnehmen, daß der Inhalt dieser Stadtrechte schon damals von nicht geringem Umfange war.[6])

---

4) Die oben erwähnten Statuten von Pistoja, welche nach dem größten Theile ihres Inhalts nichts anderes sind, als eine Amts-Instruktion für den Podesta, enthalten eine Formel seines Amtseides, in welcher folgende Stellen vorkommen:
(Muratori l. c. §. 131. p. 560.) „Et habebo duos judices, unum de lege et alterum de Usu et duos advocatos pro causis ventilandis. Et si contigerit, me aliquid circa (leg. contra) praedicta vel infra scripta facere vel aliquid de illis capitulis per ignorantiam praetermittere, priusquam (postquam?) inde recordatus fuero, illud infra octo dies proximos, si potero, recuperabo bona fide.“
(Muratori §. 147. ib.) „Et si non potero habere advocatos legis, eligam et mittam duos advocatos ex usu vel de usu.“

5) Die Schrift des Albericus de Rosciate († 1354) de statutis füllt in der Traktatensammlung Venet. 1584. (Tom. II. fol. 2—84) 166 Folio-Seiten an. Aber schon von Guido de Suzaria (um die Mitte des XIII. Jahrhunderts) existirte eine — nach den häufigen Citaten bei Albericus de Rosciate ziemlich reichhaltige — Sammlung von quaestiones statutorum. Vergl. v. Savigny, Bd. V. S. 356. Num. 3.

6) Das Manuscript der pisanischen Stadtrechte vom J. 1161 und 1260 besteht aus 60 engbeschriebenen Blättern. (v. Raumer: über einen ungedruckten Codex pisanischer Stadtgesetze, in den Abhandlungen der k. Akademie der Wissenschaften zu Berlin aus dem J. 1827. Berlin 1830, historisch philologische Klasse, S. 189). — Die Bedeutsamkeit der italienischen Stadtrechte für Staats- und Rechtsge-

Aber nicht nur in diesen Gelegenheitsschriften, sondern auch in den Kommentaren der italienischen Juristen über die römischen Rechtsquellen wurden die zahlreichen Bestimmungen der Stadtrechte fleißig angeführt,[7]) mit den Grundsätzen des

---

schichte ist anerkannt (v. Savigny, Bd. III. §. 189 S. 513, v. Raumer a. a. O. und, mit besonderer Rücksicht auf das Prozeßrecht, von Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. XII. S. 384.) und gewiß nicht überschätzt. Dennoch ist dieser reiche Stoff bis jetzt fast völlig unbearbeitet, großen Theils in italienischen Archiven vergraben.

[Die Benützung der in großer Anzahl vorhandenen, obwohl auf deutschen Bibliotheken immerhin seltenen, gedruckten Statutenbücher aus dem XV. und XVI. Jahrhundert ist für eine gründliche Dogmengeschichte deßhalb nicht genügend, weil aus ihnen das verschiedene Alter der einzelnen Satzungen, welche nach und nach entstanden, in die volumina statutorum aufgenommen, späterhin abgeändert, mitunter auch planmäßig zu systematischen Rechtsbüchern verarbeitet wurden, in der Regel nicht zu erkennen ist. Um so wichtiger und anerkennenswerther sind Unternehmungen wie die Monumenta historiae patriae, Aug. Taurin. 1838, und um so lebhafter ist es zu wünschen, daß besonders für Ober- und Mittel-Italien ähnliche Sammlungen unternommen würden. Dabei käme es nicht so sehr auf eine große Anzahl verschiedener Stadtrechte an, als auf eine glückliche Auswahl einzelner inhaltreicher Statutenbücher, deren allmähliches Wachsthum aus alten und einfachen Anfängen bis ins XV. Jahrhundert nachzuweisen wäre. Zur Zeit freilich wissen wir nicht einmal, in welchem Umfang zu diesem Zweck die Mittel in den handschriftlichen Vorräthen der Archive existiren. Und überhaupt ist die Aufgabe, welche wir hier stellen, nichts weniger als leicht. Sie wird nicht ohne Hilfe patriotischer Societäten in Italien selbst gelöst werden können, wenigstens nicht so zeitig, als der natürliche Fortschritt der wissenschaftlichen Bewegung es erheischt.]

7) Man vergleiche den reichhaltigen, aber keineswegs vollständigen Real-index zur Materie von den Statuten, so weit solche in den Schriften des Baldus de Ubaldis (aus dem XIV Jahrhundert) vorkommt, welcher in der Traktaten-Sammlung Venet. 1584. Tom. II. fol. 86—154. unter dem Titel: Baldi Perusini tract. de statutis

römischen Rechts zusammengehalten und in das System der römischen Rechtslehre, so viel es immer möglich schien, geradezu einverleibt, indem man auch jetzt noch, und nachdem die formelle Gültigkeit solcher Lokalrechte durch statutarische Gesetzgebung fixirt war, in der oben bezeichneten Weise an der theoretischen Vermittelung des Abweichenden fortarbeitete.[8]) Von Odofredus († 1265) und Cinus de Pistorio († 1336) bis Jason de Mayno († 1519) gibt es keinen Juristen, welcher nicht als Beispiel hiefür angeführt werden könnte. Es blieben also die nehmlichen, an sich dem römischen Rechte fremden Institute, welche früher schon als ungeschriebenes Gewohnheitsrecht an die Theorie des römischen Rechts sich angeschlossen hatten, auch für die Folgezeit in dieser Verbindung. In dieser Verbindung lag die Bedingung ihres fortdauernden Einflusses auf die Theorie des römischen Rechts,[9]) so wie ihrer mit Verbreitung des römischen Rechts gleichzeitigen Ueberlieferung an spätere Zeiten und andere Nationen.

§. 7.

Nicht nur in Italien, sondern auch in Spanien und Frankreich fanden sich die bisher bezeichneten Verhältnisse

---

alphabetico ordine congestus autore D. Sigismundo ejus pronepote steht.

8) Dieses wird um so weniger befremden, wenn man erwägt, daß die meisten gelehrten Juristen jener Zeit zugleich die wichtigsten Stadtämter bekleideten.

9) Die hierdurch hervorgerufenen Modifikationen der reinen Theorie des römischen Rechts, deren positive Bedeutung wohl häufig mit Unrecht verkannt wird, sind daher genau zu unterscheiden von den in die römische Rechtslehre unwillkührlich aufgenommenen und durch die Schriften der s. g. praktischen Juristen bis auf die neueste Zeit überlieferten Irrthümer. Wie wichtig durch diese Rücksicht das Studium der Dogmengeschichte erscheint, leuchtet von selbst ein.

und der durch dieselben bedingte Entwickelungsgang der modernen Rechtsbildung vor. Auch hier war jene Mischung römischer und germanischer Bevölkerung unmittelbar nach dem Untergange des westlichen römischen Reiches eingetreten. Auch hier galt für die Rechtsverhältnisse der verschiedenen Völkerschaften das Princip der persönlichen Rechte, obwohl die Herrschaft desselben von kürzerer Dauer war als in Italien. Auch in Spanien und Frankreich entstanden schon im frühen Mittelalter zahlreiche Provinzial- und Stadt-Rechte, welche das Gepräge der Mischung aus römischen und germanischen Rechts-Elementen sehr deutlich an sich tragen. Auch hier also war es der Konflikt der römischen Rechtswissenschaft mit der germanischen Rechtssitte, von welchem die Entwickelung des modernen Rechtszustandes ausging, so daß schon deßhalb auf einen hohen Grad von Gleichförmigkeit der Resultate mit jenen in Italien geschlossen werden darf.

Hiezu kommt aber noch der wichtige Umstand, daß Frankreich und Spanien, von den großartigen Bestrebungen der Bolognesischen Rechtsschule schon sehr frühe berührt, den ganzen Umfang der römischen Rechtstheorie ausschließend durch die Lehrvorträge und Schriften der italienischen Juristen, also mit allen jenen Eigenthümlichkeiten, welche sich schon in Italien geltend gemacht hatten, überliefert erhielten. Auch später, als vom XIII. Jahrhundert an einheimische berühmte Rechtslehrer erstanden, wurde dadurch der wissenschaftliche Verkehr zwischen den drei Nachbarländern doch niemals unterbrochen, vielmehr auf das lebhafteste unterhalten, so daß in der That die Leistungen der Juristen aller drei Länder ohne Rücksicht auf ihr spezielles Vaterland als Gemeingut angesehen werden konnten. Immer aber und bis zum Ende des XV. Jahrhunderts behaupteten die italienischen Lehranstalten und die Schriften der

italienischen Juristen das Uebergewicht einer glänzenden Berühmtheit und einer unverwüstlichen Autorität.

Wie die aus der Schule von Bologna hervorgegangene Glosse sehr bald in allen Ländern römischen Rechts ein gesetzähnliches Ansehen erlangt hatte, ist bekannt. Aber kaum weniger dominirend war das theoretische Ansehen späterer italienischer Rechtslehrer, vor allen aber der beiden Kommentatoren der römischen Rechtsquellen aus dem XIV. Jahrhundert: Bartolus de Saxoferrato und Baldus de Ubaldis, dann der Canonisten: Johannes Andreae († 1348), Panormitanus (Nicolaus de Tudeschis, abbas Siculus, archiepiscopus Panormitanus † 1445), und des Prozessualisten Guilielmus Durantis († 1296).

Durch die Verbreitung der Schriften dieser italienischen Juristen in Frankreich und Spanien mußte auch in diesen Ländern eine Menge von Rechtssätzen, ja ganzer Rechtsinstitute, in Umlauf gesetzt werden, welche man sich auch hier leicht aneignen mochte und konnte. Den Weg hiezu fand man schon vorgezeichnet. Hatte nehmlich die eben herrschende Theorie des gemeinen, römischen Rechts bei irgend einem ursprünglich partikularrechtlichen Institute nachgewiesen, daß dasselbe und wie es in den Bestimmungen des gemeinen Rechts begründet sey, so konnte ein solches Institut recht gut überhaupt für gemeinrechtlich gelten und die Erinnerung an den partikularrechtlichen Ursprung schien alle praktische Bedeutung verloren zu haben. Als gemeinrechtlich trat es auf, als gemeinrechtlich konnte es überall angenommen werden, wo irgend das römische Recht zu gemeinrechtlichem Ansehen gelangt war.

Wollte es aber auf diesem Wege nicht gelingen, so konnte man auch hier auf dem Wege der statutarischen Gesetzgebung zu allen Zeiten leicht nachhelfen. Denn auch die

Stadt- und Provinzialrechte in Spanien und Frankreich entstanden nicht auf einmal als geschlossene Gesetzbücher, sondern nach und nach durch Anhäufung einzelner allmählich für allgemein verbindlich erachteter Gewohnheiten, später durch Zusammenstellung und Revision des vorhandenen Bestands. Nichts war natürlicher, als daß man sich bei dieser Arbeit die unter ganz ähnlichen Verhältnissen und häufig unter spezieller Mitwirkung berühmter Juristen entstandenen Statutarrechte der hochangesehenen und stammverwandten italienischen Freistädte als Muster vorhielt; nichts war leichter, als daß auf diesem Wege manches ursprünglich rein partikulare Institut von einer Stadt zur andern, von Provinz zu Provinz, von Land zu Land unvermerkt fortrückte und zuletzt als gemeine Gewohnheit galt.

§. 8.

Endlich aber lag auch in dem Institute der **Notare** nach allen seinen eigenthümlichen Verhältnissen und Beziehungen ein sehr wirksames Mittel zur gleichförmigen Verbreitung solcher Gewohnheiten, welche mit den Bestimmungen des herrschenden römischen Rechts allenfalls in Widerspruch standen.

In solchen Fällen gehörte es natürlich zu den unerläßlichsten Kautelen bei Eingehung von Rechtsgeschäften, die dem gemeinen Rechte widerstreitenden Dispositionen mit Verzichten, Fiktionen und ähnlichen Klauseln so zu bekleiden, daß wenigstens scheinbar das römische Recht conformirt, oder den mißliebigen Bestimmungen desselben für die Absicht der Kontrahenten auf andere Weise ausgewichen wurde. Solche Klauseln zu erfinden, geschickt an zu wenden, und zu verbreiten, war vorzugsweise das Geschäft der Notare,[1]) in deren Händen

1) Daß die Vortheile, welche in ausdrücklichen Bestimmungen der Stadtrechte dargeboten waren, fleißig benützt wurden, versteht sich von selbst.

überhaupt die ganze s. g. freiwillige Gerichtsbarkeit lag. Auf die schriftliche Form der Eingehung von Rechtsgeschäften hatte man ungemeines Vertrauen, was überhaupt ein germanischer Charakterzug zu seyn scheint;[2]) der Gebrauch der Privatscripturen war im schlechtesten Kredit; und so wurde denn über jedes nicht völlig unbedeutende Rechtsgeschäft ein Notariats-Instrument errichtet.

Das Notariat galt daher für eines der wichtigsten Institute; die Notariatskunst war ein Gegenstand eifriger Erlernung.

Auch hiefür aber war wieder Italien der Mittelpunkt. Schon Irnerius schrieb ein formularium tabellionum[3]) und im XIII. Jahrhundert hatte Italien mehrere, zum Theil sehr umfangreiche, Schriften über die Notariatskunst von Aegidius Fuscararius, Salathiel, Rolandinus Passagerii, Petrus Boaterius, Petrus de Unzola auf zu weisen,[4]) deren Inhalt hauptsächlich in Formularien bestand und daher vorzüglich geeignet war, in die Form der frequentesten Rechtsgeschäfte eine stabile Gleichförmigkeit, — die gewöhnliche Folge alles Formularwesens, — zu bringen. In Bologna bestand neben der Rechtsschule schon im XIII. Jahrhundert eine eigene Notariatsschule.[5])

So mußten denn auch im Notariat die Italiener ein vorzügliches Ansehen genießen und auf die Praxis in den stammverwandten Ländern entschiedenen Einfluß gewinnen; und

---

2) L. Langob. III. 5, 3. — Bayrisches Landrechtbuch vom J. 1346. Tit. XXV. Rubr. „Umb insigel.“ (Io. Heumani opusc. Norimb. 1747. 4. pag. 135. — v. Freyberg's Sammlung histor. Schriften und Urkunden Bd. IV. Heft 3. S. 489.)

3) v. Savigny, Bd. IV. S. 58.

4) v. Savigny, Bd. V. S. 461. S. 469, 470. S. 475. ff.

5) v. Savigny, Bd. III. (Kap. XXIII. §. 203) S. 551, 552. vgl. mit Bd. V. S. 474.

dieß um so mehr, als der vom XII. Jahrhundert an sehr lebhafte Handelsverkehr zwischen Italien, Frankreich und Spanien, dessen Mittelpunkt wiederum die italienischen Städte waren, in allen auf diesen Verkehr bezüglichen Rechtsgeschäften eine gewisse Gleichheit der Form zum Bedürfniß machte.

§. 9.

In Deutschland erlangte das römische Recht erst im Laufe des XIV. und XV. Jahrhunderts allgemeines Ansehen. Hier hatte es vorher niemals gesetzliche Kraft gehabt. Hier bestand jene Mischung römischer und germanischer Völkerschaften nicht. Und doch waren die Verhältnisse, unter welchen in Deutschland das römische Recht auftrat, von der Art, daß auch hier alle jene in den romanischen Ländern allmählich entstandenen Modifikationen des römischen Rechts leicht Eingang finden konnten und mußten. Was dort als etwas allmählich Werdendes erkannt und bis in den Zeitraum der ersten Wiederbelebung der Rechtswissenschaft zurück verfolgt werden kann, das trat hier als etwas Fertiges auf, welches freilich in der Folgezeit auch seine Schicksale erlebt hat und neuen Modifikationen unterlegen ist.

Es ist nehmlich bekannt, daß die Theorie des römischen Rechts in Deutschland ganz in der Gestalt, welche sie durch die gelehrten Arbeiten der Juristen Italiens, Frankreichs und Spaniens erhalten hatte, aufgenommen wurde,[1]) daß man

---

1) Das merkwürdigste Beispiel gibt die Reichs=Cammergerichtsordnung von 1507. (Bergmann corp. jur. jud. acad. S. 25. ff. — Neue Samml. der Reichs=Abschiede Frankf. 1747. Th. II. S. 123. ff.), welche fast überfüllt ist mit Citaten aus Cinus, Bartolus, Baldus, Johannes Andreae, Speculator, d. i. Guilielmus Durantis, Panormitanus und anderen. Hier wird sogar (§ 1.

sich mehr an diese, als an die Quellen selbst hielt. Dieß war im Prozeßrechte um so mehr nöthig, als dieses für die Sitten

---

Bergmann S. 26.) eine von Bartolus referirte Bestimmung des Stadtrechts von Perugia erwähnt, mit dem Bemerken, daß dieselbe in die Wormser Cammergerichts-Ordnung v. 1495 aufgenommen worden sey, was allerdings seine Richtigkeit hat:

Die C. G. Ordn. v. 1507. in §. 1. lautet: „Zum ersten So in erster Instanzen ainer den anderen fürnemen will, so ist der cläger, nach inhalt der ordnung, zu Lindaw gemacht, im ersten Tytel, in der Ladung ausgetruckt zu geben schuldig die clag oder das libel, so anders die ordnung ynen oder seinen anwalt betrifft; und das ist leichtlich zu geschehen. Dann nach inhalt der ordnung, zu Wormbs gemacht, so ist er schuldig, die clag in der ladung zu bestimmen, an dem ort: Item inn den ladungsbrieffen. Vor diese ordination seind die recht in c. si primates. 5. qu. 2. gl. in c. 2. de dila. tex. vnd Pe. (d. i. Petrus de Bellapertica, ein Franzose, starb 1308 zu Paris) und Baldus in l. fi. C. de duo. reis. Cynus in auct. offeratur C. de lit. contest. Dawider ist Bartolus, in l. inter accus. ff. de pub. jud. Da sagt Bartolus, das nit not sey, im ersten termyn, wie obsteet, die clag oder libel für zu bringen, es sey in burgerlichen oder peinlichen sachen. tex. in c. licet. de accus. Und sagt Bartolus in obgemelten l. inter accus.: Wie wol solichs, wie obstet, des gemainen rechten sey, so werd doch von gewohnhait Perusii anders gehalten, dann daselbig die sach, darumb der cläger ainen will fürnemen, sol in der Citation inseriert sein. Und vor diese gewonhait ist die ordnung, zu Wormbs gemacht, an dem ort: Sollen die."

Ordnung des Kaiserl. Cammergerichts zu Worms aufgericht Anno MCCCCXCV. (nach Bergmann S. 13: §. 13, nach N. S. der Reichsabsch. Th. II S. 8: §. 17. dieser Ordnung):

„Item in den ladungßbrieffen sollen die sachen darumb yemands gefordert oder geheyschen wird, bestympt werden, dermaaß, das der antwurter zu der sach auff gesetzte tage bericht sei, oder seinen Anwald mit unterrichtung schicken mög, lengerung der sach, und Costen, der auff das bedenken und hinderbringen gehen würd, damit ab zu schneiden."

Bartolus in l. inter accusatorem (10) D. de publicis judiciis. 48. 1. (Bartoli in II. partem Dig. novi Comment. Ed. Basil. 1588.

und die Gesinnung der deutschen Nation jener Zeit am wenigsten aus der reinen Theorie des römischen Rechts geschöpft werden konnte.[2])

Wie es also auf dem oben bezeichneten Wege möglich war, daß die ursprünglich partikularen Rechtsgewohnheiten Italiens in Verbindung mit der Theorie des römischen Rechts nach Frankreich und Spanien wanderten, ebenso war die Fortpflanzung derselben nach Deutschland möglich, indem sie hier aber zugleich mit manchen Modifikationen auftraten, welche sie in Frankreich und Spanien erlitten hatten. *)

§. 10.

Dieser allgemeinen Uebersicht der Rechtsverhältnisse des Mittelalters dürfen wir nur noch in besonderer Beziehung auf den Gegenstand unserer Untersuchung Einiges beifügen.

Die Grundlage des Exekutivprozesses ist das Schuldrecht. Schroffe Strenge des Schuldrechts ist überall und zu allen

---

f. p. 424) sagt: ... „Videte in civilibus: utrum libellus debeat mitti cum citatorio, est quaestio satis prolixa, quam Cynus refert in Auth. Offeratur C. de lit. contest. et communiter tenemus, quod non. Et idem dico in criminalibus..... Contrarium tamen servatur in curia Perusina, pro cujus observatione est gl. ordinaria in c. 2. ext. de dilatio." Nehmlich ad v. plene cap. 2. X. [2, 8.]

2) Gewiß würde die Verbreitung des römischen Rechts in Deutschland ungleich schwieriger gewesen seyn, wenn es nicht in einer durch seine Schicksale in den romanischen Ländern schon vielfach germanisirten Gestalt aufgetreten wäre.

[*) So oft ich von der Verbreitnng des römischen Rechts durch die Rechtsschule von Bologna und von der Reception des römischen Rechts besonders in Deutschland höre, drängt sich mir die Frage auf: ob es nicht ungleich bezeichnender wäre, von der Verbreitung und Reception der italienischen (romanisch-germanischen) Jurisprudenz zu sprechen.]

Zeiten ein charakteristisches Merkmal der einfachen Rechtszustände uncivilisirter Völker gewesen. So im alten römischen Rechte, wie in den alten germanischen Volksrechten.

Diese Strenge beruht nicht nur auf dem unverdorbenen Gerechtigkeitssinne des Volkes und auf dem beschränkten Umfange seiner rechtlichen Begriffe, sondern hauptsächlich auch auf dem Bedürfnisse des höchsten persönlichen Kredits, auf welchen der bürgerliche Verkehr in Ermanglung jener Realkreditanstalten eines ausgebildeteren Rechtszustandes verwiesen ist.

Hieher gehört — neben anderen schonungslosen Maaßregeln gegen die Person des Schuldners[1]) — besonders das uralte Recht der eigenmächtigen Pfändung, welches dem Gläubiger gegen seinen säumigen Schuldner wegen unzweifelhafter Schuldforderungen zustand. Schon die alten germanischen Rechtsbücher geben Zeugniß von dem Bestehen dieser Art gesetzlicher Selbsthülfe,[2]) welche sich bei allen germanischen Völkerschaften — in Italien wie anderwärts — Jahrhunderte lang erhalten hat und überall nur dem Einflusse des römischen Rechts und der mit demselben verbreiteten Bildung gewichen ist.

Es lag diesem Rechte der Selbstpfändung zwar auf der einen Seite die richtige Idee zu Grunde, daß es da, wo die Schuld selbst unzweifelhaft ist, keines Richters, nur des Zwanges bedarf. Auch fehlte es nicht an Gesetzen, welche die Ausübung des Pfändungsrechts an eine gewisse rechtliche Ordnung zu binden versuchten, vorzüglich durch Beschränkung desselben auf

---

1) S. z. B. L. Longob. II, 33, 1.

2) L. Longob. I. 21, cap. 1. L. Alamann. LXXXVI. 1. L. Burg. XIX. 10 et 11. — Für spätere Zeiten s. Datt de pace imperii publica. Lib. I. Cap. 16. [Vgl. Wilda's Abhdlg. üb. das Pfändungsrecht, in der Zeitsch. für deutsches Recht. Bd. 1. Leipz. 1839. S. 167 — 320; besonders S. 198. ff.]

gewisse Fälle der Zulässigkeit überhaupt und auf gewisse Gegenstände der Pfändung insbesondere.[3]) Auf der andern Seite aber war ja dem Gläubiger zugleich mit der Befugniß, jene Gewalt selbst auszuüben, auch das Urtheil darüber in die Hände gelegt, ob in dem gegebenen Falle eine unzweifelhafte Schuld wirklich vorliege, so daß am Ende doch fast Alles in die Willkühr einer Partei gegeben war: wahrlich eine allzustarke Versuchung für ein Volk von so hervorstechender Neigung zur Gewaltthätigkeit. Hierin lag also von Anfang her eine Quelle reichlicher Mißbräuche, gegen welche die ohnehin nur dürftigen Vorkehrungen gesetzlicher Ordnung praktisch durchzuführen kaum möglich war. Wenigstens scheinen die strengen Verbote der germanischen Volksrechte gegen dergleichen Mißbräuche ein redendes Zeugniß zu liefern, welchen langandauernden und schweren Kampf die öffentliche Ordnung mit den Uebergriffen der Privatgewalt zu bestehen hatte.[4]) Leicht begreiflich ist es daher, wie ein solcher Zustand späterhin in den Zeiten der Zerrüttung der öffentlichen Ordnung und der Barbarei, welche bei allen germanischen Völkerschaften vor der Wiederbelebung der römischen Rechtswissenschaft überhand genommen hatte, in ein System der rohesten Gewaltthätigkeiten ausarten mußte, welches wir mit dem Ausdrucke Faustrecht zu bezeichnen gewohnt sind.

Dieser Zustand tritt uns in Italien und Spanien, in Frankreich und Deutschland überall in ähnlicher Weise entgegen; nur daß ihm hier oder dort später oder früher ein Ende ge-

---

3) L. Alam. LXXXVI, 1.—LXXXVIII, 1. et 2. — L. Baiuv. XII, 3—5. — L. Burg. XIX, c. 1. seqq. — L. Longob. II, 50, 1. II, 21, 7.

4) L. Wisig. V, 6, 1. — L. Burg. Addit. I. tit. 18. — L. Baiuv. XII, 3. — L. Longob. II, 21, 5. — Vgl. Datt l. c.

macht wurde, jenachdem in einem Lande früher oder später das neuerwachte Studium und der Gebrauch des römischen Rechts Eingang gefunden hatte. Was daher als eine charakteristische Erscheinung des Rechtszustands in Deutschland vor der Einführung des Exekutivprozesses bezeichnet wird, das hatte, freilich um drei Jahrhunderte früher, auch in Italien stattgefunden: Fehden wegen Privatschulden, Repressalien an unbetheiligten Verwandten oder Mitbürgern des Schuldners, Einlager, persönliche Gefangennehmung, ja Mord und Brand, kurz alle Ausbrüche der ungebundensten Eigenmacht, welche man auch hier mit einigem Schein der Rechtmäßigkeit zu bekleiden versuchte, indem man sich zur Duldung solcher Excesse vertragsmäßig verpflichtete. Daneben waren freilich auch andere friedlichere Vertragskautelen im Gebrauch, deren Absicht jedoch immer auf ein und dasselbe gerichtet war: auf Sicherstellung des unverbrüchlichen Vollzugs urkundlich versprochener Leistungen, auf Abschneidung eines jeden Versuchs der Widersetzung gegen diesen Vollzug. Hierher gehört besonders der stereotype Gebrauch hoher Konventionalstrafen, welche für jeden einzelnen Fall der Kontravention oder des Widerspruchs gegen die Leistung der übernommenen Hauptverbindlichkeit bedungen wurden.

Diese Stimmung, diese Sitten beherrschten Italien, als das Studium des römischen Rechts erwachte und der Gebrauch desselben immer mächtiger zu werden begann. Kaum läßt sich ein schrofferer Gegensatz denken, als der, in welchen solche Sitten zu den ausgebildeten Bestimmungen des römischen Schuldrechts gerathen mußten.

Wollte man nun von der Ansicht ausgehen, daß die Macht und der Einfluß des römischen Rechts in Italien etwa auf ähnliche Weise, wie heut zu Tage die Macht und der Einfluß

eines allgemeinen Landesgesetzes a die publicationis datire, so würde man freilich auch von Italien kaum etwas Anderes sagen können, als: nach der gesetzlichen Aufhebung jenes barbarischen Systems der Selbsthülfe wurde es Sitte, gegen den säumigen Schuldner nicht mehr mit der Streitart, sondern nach den Regeln des Exekutivprozesses zu verfahren; wobei man sich vorerst nur über ein Unbegreifliches zu beruhigen hätte: wie aus der Aufhebung der germanischen Rechtszustände und aus dem Einflusse des römischen Rechts ein Institut erwachsen konnte, dessen Regel weder aus rein germanischen noch aus rein römischen Rechten nachweisbar erscheint. Darüber aber können wir uns nicht beruhigen.

Wir müssen vielmehr das, was oben [5]) über die Bedingungen und den Gang der Entwickelung des modernen Rechts überhaupt gesagt worden ist, auch für das moderne Schuldrecht insbesondere geltend machen. Vielleicht nirgends mehr als im Schuldrechte ist der Charakter eines aus dem Konflikte und der gegenseitigen Durchdringung germanischer und römischer Elemente hervorgegangenen Rechtszustandes ausgeprägt. Nirgends weniger als hier gelang es dem römischen Rechte, die germanische Sitte auszurotten und sich selbst an die Stelle zu setzen. Schon die tiefgewurzelte, aus altnationalen Grundlagen erwachsene, durch täglichen Verkehr stets erneuerte Gewohnheit eines schnellen und energischen Verfahrens in einfachen Schuldsachen mußte stark genug seyn, der unbeschränkten Geltung des römischen Rechts Widerstand zu leisten; und dazu kamen nun noch die Anforderungen des kräftig aufblühenden, eines starken persönlichen Kredits und ebendeßhalb

5) §. 4 u. 5. S. 9. ff.

einer gemessenen Strenge gegen säumige Schuldner bedürftigen, Handelsverkehrs.

Wie aber das Pfändungsrecht selbst nur eine einzelne Erscheinung des germanischen Schuldrechts ist, welche den Inhalt und das Wesen desselben nicht erschöpft, so ist es auch nicht dieses Pfändungsrecht in seiner Vereinzelung, welches als das in dem Konflikte mit dem römischen Rechte thätige Element betrachtet werden muß. Es ist dieses vielmehr die dem germanischen Schuldrechte überhaupt zu Grunde liegende auf präcises und gewaltsames Verfahren gegen säumige Schuldner gerichtete Gesinnung im Allgemeinen.

Während daher die in ihrer äußerlichen Erscheinung leicht als widerrechtlich erkennbaren einzelnen Auswüchse der strengen germanischen Tendenz von der durch den Einfluß des römischen Rechts verbreiteten Bildung bald und vollständig überwunden wurden, mußte sich dennoch die Theorie des römischen Rechts von germanischer Gesinnung vielfältig durchdringen lassen, um der Befriedigung eines wahren Bedürfnisses dienstbar zu seyn.

Was nun auf diese Weise aus der unter die Zucht der römischen Rechtswissenschaft gegebenen germanischen Gesinnung hervorgegangen ist, das ist als der Inbegriff der Eigenthümlichkeiten des modernen Schuldrechts zu betrachten. Zu den bedeutendsten prozeßualischen Erscheinungen dieser Art gehören der Arrestprozeß, der Mandatsprozeß, der Wechselprozeß [6]) und der Exekutivprozeß.

---

6) Welcher freilich eigentlich nichts anderes ist, als Exekutivprozeß. [Alle die im Text angeführten, heutzutage mißbräuchlich so genannten bestimmt summarischen Prozeßarten gehören in eine Kategorie: die der remedia executiva. Nur wenn man dieß verkennt, kann man sich mit Kori darüber verwundern, daß Coler in seinem Werke über den „Exekutivprozeß" so gewaltig über die Schnur haut.]

So viel im Allgemeinen. —

Von selbst versteht sich aber, daß diese allgemeine Kenntniß der hervorbringenden Kräfte durchaus nicht hinreicht, um die bestimmte Gestalt, in welcher das Hervorgebrachte mit allen seinen Einzelheiten vor uns liegt, zu begreifen. Hierzu gehört spezielle Kenntniß des ganzen Produktionsverlaufs, welcher nicht a priori bestimmt, sondern nur durch Erforschung der faktischen Erscheinungen, in welchen sich derselbe kund gibt, ermittelt werden kann.

Indem wir hierzu übergehen, ist im Voraus nur so viel zu bemerken, daß die äußerlichen Mittel, in welchen sich der Widerstand der germanischen Tendenz gegen die unbedingte Geltung des römischen Rechts wirksam gemacht hat, ganz dieselben waren, welche oben (§. 5. S. 12 ff.) bezeichnet worden sind.

Zweites Kapitel.

Italien.

§. 1.

Schriftsteller:

1. Tractatus [diversorum auctorum] de instrumento guarentigiato editus per dominum GUIDONEM DE SUZARIA, geschrieben zwischen 1266 und 1296;
   Ausgaben:
   a. in Tractatus ex variis juris interpretibus collecti. Lugd. 1549. f. Vol. V. fol. 283—284.
   b. in Tractatus illustrium . . . jurisconsultorum. Venet. 1584. f. Tom. VI. P. II. fol. 338—339.
   c. in meiner Chrestomathie von Belegstellen zur Gesch. des Exek. Proz. S. 31—58.
2. Praeclarissimus et solennis tractatus de executione instrumentorum excellentissimi utr. jur. doct. et magni practici ANTONII DE CANARIO, geschrieben im Jahr 1433;[1])

---

1) M. s. den Epilog dieses Traktats: (Tract. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 253.) „Expeditus sit tractatellus iste . . . per me Antonium de Canario
MCCCCXXXIII.“

Ausgaben:

a. Senis per henricum de colonia 1487. f.

b. Mediolani per Jo. Angelum Scinzenzeler 1504. f.

c. Tract. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 276^{b}—283.

d. Tract. Venet. 1584. Tom. V. fol. 39—45^{b}.

3. BENEDICTI DE BARZIS, Perusini, tractatus de guarentigiis s. guarentigiarum, geschrieben im J. 1447; kannte die Arbeit des Antonius de Canario nicht;[2])

Ausgaben:

a. Mediol. per Jo. Angelum Scinzenzeler 1504. f.

b. Tract. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 285—293^{b}.)

c. Tract. Venet. 1584. T. VI. P. II. fol. 340—349.

4. JO. BAPT. ASINII, Florentini, de executionibus et processibus executivis tractatus. Francof. 1602. f.; ib. 1651. f. u. öfter; namentlich auch in Rutger Rulants Thesaurus juris executivi;[3]) geschrieben zu Ende des XVI. Jahrhunderts.

5. SIGISM. SCACCIAE, Icti Romani, tractatus de judiciis causarum civilium criminalium et haereticalium. Francof. 1617 f. — ib. 1669. f. (Lib. I. Cap. LXII: De praesentatione instrumentorum et ejus effectu in civilibus. Ed. 1669. p. 160—173.) Geschrieben zu Anfang des XVII. Jahrhunderts.

6. Außerdem sind noch die zahlreichen Kommentare der italienischen Juristen über die verschiedenen Theile der Justinian'schen Rechtssammlung von Odofredus († 1265) und Jacobus Buttrigarius (lebte von 1274—1348) bis Jason de Mayno († 1519) für unseren Gegenstand wichtig, welchen sie meistens bei Gelegenheit der

2) Siehe Proömium; Belegstellen S. 168.

3) Einer übrigens unbrauchbaren Kompilation.

.L un. C. de confessis, aber auch an vielen andern Stellen abhandeln. Dagegen ist aus den ältern rein prozessualischen Schriften bis auf Sigismund Scaccia[4]) fast gar nichts zu schöpfen.[5])

§. 2.

Der Grundgedanke, welcher durch die ganze Geschichte des Exekutivprozesses hindurchgeht und welcher als das eigentliche Wesen desselben bezeichnet werden muß, besteht in Folgendem:

Rechtsgeschäfte, welche durch gewisse privilegirte Urkunden befestigt sind, genießen vor anderen den Vorzug, daß die aus denselben herzuleitenden Ansprüche, ohne vorher im förmlichen Prozesse ausgestritten zu seyn, auf bloses Vorzeigen der Urkunde und nach dem Maaße ihres Inhalts durch sofortige Exekution realisirt werden sollen, gerade so, als ob es sich um die Vollstreckung eines rechtskräftigen Erkenntnisses handelte.

Dergleichen exekutorische Urkunden (instrumenta exequibilia, instrumenta paratam executionem habentia) hat man von Alters her guarentigiirte Urkunden, instrumenta guarentigiae s. guarentigiata[1]) genannt. Jener Grundgedanke wird daher mit wenig Worten gewöhnlich so ausgedrückt:

> instrumenta guarentigiata paratam executionem habent, prout sententiae, quae in rem judicatam transierunt.

---

4) Maranta († 1530) ist in dieser wie in andern Materien zunächst nur für das neapolitanische Partikularrecht wichtig.

5) Aus dem einfachen Grunde, weil die Geschichte des Exek. Proz. in den ersten Jahrhunderten nur auf Eigenthümlichkeiten des materiellen Rechts, jus executivum, nicht auf Eigenthümlichkeiten des Verfahrens, processus executivus, beruhte; das Verfahren fiel mit dem gemeinen Exekutionsverfahren in eines zusammen.

1) Auch guarentigionata; seltener guarentigia (adj.) guarentizata, garentigiata, guarentisiae (subst.), garenticiae, varentigiae.

In dieser Gestalt erscheinen die ersten sicheren Spuren des Exekutivprozesses; der nehmliche Grundsatz ist in beinahe wörtlicher Gleichförmigkeit sechs Jahrhunderte lang bis in die neuesten Zeiten[2]) fortgepflanzt worden; von demselben gingen alle Erweiterungen aus, welche die Geschichte der Entwickelung des Instituts der exekutorischen Urkunden zu einer heut zu Tage sogenannten bestimmt summarischen Prozeßart bezeichnen.

Die Geschichte des Exekutivprozesses fällt daher in eines zusammen mit der des Instituts der guarentigiirten Urkunden.

§. 3.

Schon oben ist bemerkt worden, daß das Institut der exekutorischen Urkunden am frühesten in Italien vorkommt, und zwar hier zuerst in den toskanischen Stadtrechten, wo wir dasselbe schon in einiger Ausbildung um die Mitte des XIII. Jahrhunderts vorfinden. Schon damals nannte man dergleichen exekutorische Urkunden guarentigiirte Instrumente. Unter die ältesten und wichtigsten Zeugnisse hierüber gehört der s. g. tractatus de instrumento guarentigiato editus per Guidonem de Suzaria,[1]) eigentlich eine Kompilation aus Quästionen folgender bekannter Juristen:

1) Odofredus; lehrte ungefähr vom J. 1228 an, starb im J. 1265;

2) Martinus de Fano; lehrte vom J. 1229 bis ungefähr 1255;

---

2) Inwiefern und mit welchem Rechte man in neuester Zeit davon abgewichen ist, wird unten im sechsten Kapitel zur Sprache kommen.

1) Gegen die Aechtheit dieser Schrift sind zwar Zweifel erhoben worden (v. Savigny, Gesch. d. R. R. Bd. V. S. 357, 358.), jedoch ohne hinreichenden Grund. M. s. hierüber und über die Verhältnisse der Autorschaft des Guido de Suzaria meine Chrestom. v. Belegst. S. 20 – 30.

3) Johannes Fasciolus; lebte vom J. 1223 bis 1286;

4) Franciscus Accursii; lebte vom J. 1225 bis 1293;

5) Guido de Suzaria; lehrte schon vor 1269, starb zwischen 1283 und 1292;

6) Jacobus de Arena; lehrte schon vor 1266, starb ungefähr um 1296.[2])

Aus dieser ansehnlichen Zahl von Zeugnissen der berühmtesten Juristen ihrer Zeit ergibt sich, daß der Gebrauch guarentigiirter Urkunden damals schon sehr häufig war und bereits eine gewisse Celebrität erlangt hatte.[3]) Erwägt man nun die Allmählichkeit des Emporkommens stadtrechtlicher Institute, so dürfte schon deßhalb mit hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden, daß die erste Erscheinung der Guarentigia noch bei weitem älter ist, als jene Zeugnisse; und innere Gründe, aus dem Entwicklungsgange des Instituts hergeleitet,[4]) berechtigen uns, diese Erscheinung bis in die erste Zeit der Wiederherstellung der römischen Rechtswissenschaft, mithin sicher bis in

---

2) Ausserdem enthält der Traktat in Num. 47—51 auch ein Consilium eines sonst unbekannten Juristen: Baldus de Aquilone, Richters in Florenz. Auch dieser darf daher für einen Zeitgenossen der oben genannten bekannten Rechtslehrer gelten. Man könnte zwar mit einiger Wahrscheinlichkeit annehmen, daß die Kompilation des ursprünglichen Herausgebers in Num. 46 des Traktats mit den Worten schließt: et praedictae omnes quaestiones fuerunt disputatae per sapientes viros sicut superius sunt scriptae, daß somit der Schluß des Traktats von Num. 47—55. Zusätze von anderer Hand enthält. Allein auch in diesem Falle ist kein Grund vorhanden, diese Zusätze, welche sich als Arbeiten des Baldus de Aquilone und des Odofredus ankündigen, für namhaft jünger zu halten, als das Uebrige.

3) M. vgl. noch besonders das Proömium und Num. 33 des Traktats. (Belegst. S. 35 u. 46.)

4) Vgl. unten §. 8. — Azo in L. un. C. de confess. num. 7. (Belegst. S. 3.)

das XII. Jahrhundert zurück zu versetzen.[5]) Wenigstens finden wir das Wesen, wenn auch nicht den Namen, der Guarentigia, als eines in anerkannter Wirksamkeit bestehenden Instituts, schon bei Roffredus Epiphanii, (lehrte schon vor 1215,) welcher zugleich für die toskanische Herkunft dieses Instituts Zeugniß ablegt;[6]) nicht minder in einem Statut von Padua aus dem J. 1236.[7])

Den Namen der Guarentigia aber habe ich allerdings nicht früher als in einer florentinischen Urkunde vom J. 1251 vorgefunden;[8]) in derselben wird sich ausdrücklich auf das Stadtrecht von Florenz berufen:[9]) so daß uns dieses bis auf Weiteres als das älteste Statut gelten muß, in welchem das Institut der Guarentigia vollständig vorkommt. Unter den Schriftstellern ist Guido de Suzaria der erste, bei welchem der Name der Guarentigia und eine gewisse kunstmäßige Beschreibung derselben mit der von da an sich gleichbleibenden eigenthümlichen Terminologie vorkommt.[10])

---

5) Vielleicht darf sogar ein Placitum vom J. 1058 hierher bezogen werden; s. hierüber unten §. 8. Note 6.

6) Roffredus de libellis et ordine judiciorum. Rubr. de actione in factum, quae oritur ex confessione. (Belegst. S. 9.)

7) Belegst. S. 191.

8) Ughelli Italia sacra. Ed. 2. Venet. 1718. f. T. III. pag. 122—124; unten §. 6.

9) Wie dieß auch späterhin in den zu Florenz errichteten guarentigiirten Urkunden regelmäßig geschah.

10) Ich glaube nicht, daß mir unter den Schriftstellern ein älterer entgangen ist; in Urkundensammlungen aber mag noch Manches zu finden seyn, obgleich die Absicht solcher Sammlungen regelmäßig auf etwas ganz Anderes gerichtet ist; Statuten endlich, in welchen die Guarentigia auch dem Namen nach vorkommt, muß es schon vor Guido mehrere gegeben haben (vgl. Num. 21. Num. 37. Num. 46. Num. 52. des Traktats), so daß in dieser Beziehung noch gar Vieles zu finden seyn möchte. Mit Zuversicht hatte ich auf die umfangreichen

Wie nun gleich der Eingang des Traktats des Guido damit beginnt, den Gebrauch der guarentigiirten Urkunden als über ganz Toskana verbreitet zu bezeichnen,[11] so haben auch spätere Schriftsteller nicht vergessen, Toskana als das spezielle Vaterland der Guarentigia ausdrücklich hervorzuheben. So

1. Petrus Boaterius,[12] seit 1285 in der Praxis, seit 1292 im Lehramte, gestorben nach 1321;

2. Jacobus Buttrigarius,[13] geb. um 1274, gest. 1348;

3. Cinus de Pistorio,[14] geb. 1270, gest. 1336;

4. Bartolus de Saxoferrato,[15] geb. 1314, gest. 1357;

5. Baldus de Ubaldis,[16] geb. 1327, gest. 1400;

6. Bartholomaeus de Saliceto,[17] gest. 1412;

(ungedruckten) Statuten von Pisa aus dem XII. und XIII. Jahrhundert gerechnet. Nach einer Mittheilung des Herrn Professors Rudorff in Berlin, welcher deßhalb auf meine Veranlassung schon im J. 1836 die Güte hatte, die dort befindliche Abschrift einzusehen, ist jedoch das ganze Institut der guarentigiirten Urkunden jenem Stadtrecht völlig fremd. (Daß es später in Pisa vorkommt, unterliegt keinem Zweifel.)

11) „in civitatibus et terris Thusciae." (Belegst. S. 35.)

12) Boaterius ad cap. III. Summae Rolandinae. Rubr. instrumentum solenne mutui etc. (Belegst. S. 74. ad. 1.)

13) Buttrigarius in L. cum scimus C. ubi et ap. quem cogn. (Belegst. S. 84.)

14) Cinus in L. un. C. de confess. (Belegst. S. 87.)

15) Bartolus in L. un. C. de confess. num. 3. (Belegst. S. 94.)
Idem in L. 15. D. de re jud. num. 8. (Belegst. S. 94.)
Idem in L. 11. D. de transact. num. 2. (Belegst. S. 95.)
Idem in L. 3. §. 2. D. Commodati. num. 11. (Belegst. S. 96.)

16) Baldus in L. 5. C. de exec. rei jud. num. 2. (Belegst. S. 108.)

17) Salicetus in L. un. C. de confess. num. 7. (Belegst. S. 123.)
Idem in L. 10. C. Mandati num. 8. (Belegst. S. 125.)

7. Raphael Fulgosius,[18]) geb. 1367, gest. 1427.

Ja selbst in unser Corpus juris ist ein ausdrückliches Zeugniß dieser Art übergegangen, nehmlich in die von Baldus de Ubaldis herrührende glossa ordinaria ad libr. de pace Constantiae ad v. In causis:

„Idem, quod in sententia, servabo in instrumentis guarentigiae habentibus vim sententiae per statuta Tusciae.“

Wie auch ausserhalb Italien die Tradition dieser älteren Zeugnisse über das Vaterland der Guarentigia sich stets erhalten hat, werden wir später sehen.

§. 4.

Auch in sprachlicher Beziehung wird der Ausdruck Guarentigia als eine Erfindung des toskanischen Dialekts bezeichnet; so von Baldus de Ubaldis:[1])

guarentare est vulgare Tuscorum, qui appellant instrumentum guarentigiae i. e. firmitatis et praecisum, cui omnino standum est.

Die Etymologie dieses Worts hat keine Schwierigkeit: unzweifelhaft ist die Ableitung desselben aus der germanischen Wurzel war oder gar, (italisirt guar,) wovon das deutsche wahren, (wahrnehmen,) gewähren, Gewähr, das franzö-

---

18) Fulgosius in L. 2. C. de sent. quae sine certa quant. num. 4. (Belegst. S. 129.)
Idem in L. un. C. de confess. num. 3. (Belegst. S. 127.)

1) Comment. super usib. Feud. (Ed. Papiae 1483 f. ohne Blattzahlen) in L. Corradi (II, 34.) sin autem inter pares. — cf. Guido de Suzaria de instr. guar. num. 33. (Belegst. S. 47.) Raph. Fulgosius in L. 13. C. fam. hercisc. (Belegst. S. 128.) Jason de Mayno in L. 7. C. de juris et facti ignor. (Belegst. S. 183.): „Tu adverte, quod istud verbum guarentare est verbum inductum modo loquendi Tuscorum.“

sische garantir, garnir, garantie, das spanische garantir und garantizar, guarentigia (Subst.) und guarentigio (Adj.), das englische guaranty, was Alles nichts Anderes bedeutet, als das lateinische firmare, munire, cavere, firmitas, cautio.[2])

Das latinisirte guarentigia oder guarentigium (Subst.) bedeutet demnach Sicherheit, Deckung,[3]) und kommt in diesem

---

2) Baldus in L. Corradi cit. — Jason de Mayno in L. 7. C. de jur. et facti ignor.; idem in L. 1. §. si quis ita D. de V. O. (Belegst. S. 185.) L. Longob. II. 28, 5. Ottonis II. 7. (bei Georgisch corp. jur. germ. p. 1269. — Ed. Nic. Boherii s. l. e. a. [Lugd. 1502] 8vo. fol. 66b.) und Form. vet. ad h. l. (bei Georgisch l. c.) Math. Colerus de processib. executivis. P. I. Cap. III. Num. 19. (Ed. Jen. 1595 f. pag. 102.) — Scaccia de judiciis. Lib. I. Cap. 62. Num. 22. (Ed. Frcf. 1669 f. pag. 168.) — Christoph. Besoldus, thesausus pract. s. v. guarentigiatum instrumentum. (Ed. Ratisb. 1740 f. pag. 380.) Petr. Müller in addit. ad Struvii syntagma jur. civ. P. II. exerc. 28. (ad lib. XII. tit. IV. Dig.) §. 22. nota β. Num. VIII. — Gensler, Kommentar zu Martin, (Ausg. v. Guyet) zu §. 239. Abs. 3. — Wenig bedeutend ist das, was Dufresne Glossar. ad scriptores mediae et inf. latinitatis s. v. guarentagium, guarentigia etc. (Ed. Basil. 1762 T. II. P. I. pag. 536 sq.) und s. v. Warda und Warantus etc. (T. III. P. II. p. 943 sqq.) mittheilt.

3) Die abweichende Meinung Kori's (Executiv-Proc. §. 7. Note 28.), welcher bei dieser Gelegenheit aus Dufresne seigneur du Cange zwei Personen macht, beruht offenbar auf Mißverständnissen. Er nimmt guarentigium (Subst.) für gleichbedeutend mit „Brief im engeren Sinne, nehmlich eine Verschreibung des Schuldners, welche sofort Execution gewährt." — Instrumentum im engeren Sinne heißt zwar allerdings Brief, d. i. schriftliche Urkunde; (im engsten und gewöhnlichsten Sinne versteht man darunter nur notarielle Urkunden im Gegensatze zu Privaturkunden;) guarentigia oder guarentigium aber hat niemals eine solche Bedeutung. Eben so wenig liegt in dem sprachlichen Begriffe des Wortes Brief oder instrumentum irgend eine Andeutung der Wirkung (parate Exekution), welche positivrechtlich einem verbrieften Schuldbe-

Sinne noch heute in der italienischen und spanischen Sprache vor; instrumentum guarentigiatum oder guarentigiae also bedeutet wörtlich ein wohl verwahrtes, wohl befestigtes Instrument, eine Urkunde, welche vorzügliche Sicherheit gewährt.[4])

Diese Sicherheit besteht für exekutorische Urkunden eben in ihrer exekutorischen Eigenschaft, d. h. darin, daß die in einer solchen Urkunde versprochene Leistung ohne vorgängigen Prozeß über die materielle Rechtmäßigkeit des auf diese Leistung gerichteten Anspruchs sofort exekutive beigetrieben werden kann.

Dem Wortsinne nach konnte man unter guarentigiirten Urkunden auch Pfandbriefe, Bürgschaftsbestellungs-Urkunden, überhaupt alle irgendwie bevorzugten, durch besondere zur Natur des Geschäfts nicht nothwendig gehörende Kautelen[5]) befestigten Vertrags- und Schuld-Urkunden im Gegensatze zu den gemeinen, unprivilegirten verstehen; es ist daher zufällig, daß dieß nicht geschah, daß vielmehr die Benennung instrumentum guarentigiatum ausschließlich den exekutorischen Instrumenten, und zwar zunächst denjenigen vorbehalten blieb, deren exekutorische Eigenschaft aus den der italienischen Formular-Jurisprudenz eigenthümlichen Kautelen[6]) hervorgegangen war.[7])

---

kenntnisse beigelegt ist. So richtig es demnach ist, daß die Sicherheit (guarentigia), welche ein guarentigiirtes Instrument gewährt, in dem demselben anklebenden Rechte auf parate Exekution besteht, so wenig kommt hierauf bei Ermittelung der Etymologie etwas an.

4) Chr. Besold, Disp. de processu judic. Cap. XIII. §. 10. nota h h.) Thes. pract. Ratisb. 1749 pag. 1221.): „ein wohlverwahrtes Instrument, damit man wohl versichert."

5) Deren eine überreiche Anzahl im Gebrauche war; vgl. z. B. die Formularien von Rolandinus und Durantis, Belegst. S. 62—64, S. 77 bis 79.

6) Deren Inbegriff man gleichfalls mit dem Ausdrucke guarentigia bezeichnete; daher clausula guarentigiae, statutum guarentigiae, contractus guarentigiae.

7) Irrig ist daher die Behauptung Eichhorn's (Deutsche St. und

§. 5.

Denn allerdings bedurfte es solcher besonderer Kautelen, um eine Urkunde mit der exekutorischen Eigenschaft zu bekleiden, und man würde sich sehr täuschen, wenn man, befangen in der heut zu Tage gültigen Vorstellung von dem Wesen der guarentigiirten Urkunden und des Exekutivprozesses, unter den frühesten Erscheinungen dieses Instituts dasjenige zu finden hoffte, was hierüber in unseren Kompendien gelehrt wird.

Daß eine schriftliche Urkunde blos wegen ihrer Eigenschaft als schleuniges Beweismittel und ohne besondere Stipulationen ein Recht auf parate Exekution und gar noch eine besondere Prozeßart für die Geltendmachung dieses Rechts begründen sollte, lag weit ab von dem, was man damals für rechtliche Wahrheit zu nehmen gewohnt war. Ein solcher Satz ließ sich nicht einmal in den germanischen Volksrechten nachweisen; noch weniger im römischen Rechte, von welchem man anerkannte, daß es damit geradezu im Widerspruch stehe. [1])

Auch in der Bekräftigung schriftlicher Urkunden durch Siegelung würde man die Quelle ihrer exekutorischen Wirksamkeit vergeblich suchen, obwohl wir gewohnt sind, Siegel

---

R. Gesch. §. 463 Note g. — Th. III. S. 502. der 4. Ausg., S. 469 der 5. Ausg. welcher, von der Voraussetzung des deutschen Ursprungs der Guarentigia ausgehend, die Bedeutung der Guarentigia in die Beziehung auf die siegelmäßige Beglaubigung der Urkunden (welche übrigens keineswegs eine deutsche Partikularität ist) setzen will.

1) Es sey hier zu allem Ueberflusse ein für allemal bemerkt, daß die wegen ihrer Aehnlichkeit mit einigen Hauptsätzen der Theorie des Exekutivprozesses sehr interessanten Stellen des Cod. Theod: L. 3. L. 6. de denunt. ohne alle Bedeutung für die Geschichte des Exekutivprozesses geblieben sind.

und Brief für gleichbedeutend mit guarentigiirter Urkunde zu nehmen. Die förmliche Siegelung war allerdings wie in Deutschland, Spanien und Frankreich, so auch in Italien ein unerläßliches Erforderniß zur Herstellung der vollständigen und unwidersprechlichen Glaubwürdigkeit schriftlicher Urkunden, und das Recht der Siegelung stand ausser den öffentlichen Behörden und den Notarien, deren Urkunden man instrumenta publica nannte, auch den geistlichen und weltlichen Großen zu, deren gesiegelte Urkunden man instrumenta authentica nannte. Allein dieser höhere Grad von Glaubwürdigkeit war und blieb auch die einzige natürliche und positive Wirkung der Siegelung. Wie wollte man denn aus dem blosen, wenn auch noch so glaubwürdigen, Nachweise der Intention einer Partei ein Recht der paraten Exekution folgern, dessen Ausübung der andern Partei nicht nur die Befugniß zum Widerspruch gegen die Glaubwürdigkeit jenes Nachweises, sondern auch den Gebrauch selbstständiger Einreden, mithin das rechtliche Gehör selbst entzog!

Von der Gesetzgebung endlich war der erste Schritt zur Einführung eines auf so abnormen Grundsätzen beruhenden Instituts eben so wenig zu erwarten. Hier kommt nehmlich zuerst der damalige politische Zustand Italiens in Betracht, die Zersplitterung dieses Landes in eine Menge mehr faktisch als rechtlich selbstständiger Republiken, deren Recht zur Gesetzgebung in der ersten Periode ihres Bestehens gar sehr bestritten und zweifelhaft war. Aber auch für die Folgezeit und nachdem die äußeren Hemmnisse der statutarischen Gesetzgebung mehr und mehr geschwunden waren, war sie doch stets dem beschränkenden Einflusse des historischen, besonders des römischen Rechts unterworfen,[2]) mehr Produkt des alten Rechts-

2) Noch zu einer Zeit, da das ganze Land mit Statuten bereits über-

zustandes, als Faktor eines neuen, wohl dazu geeignet, das auf zu nehmen und zu fixiren, was man auf anderem Wege — auch wohl auf Umwegen — den herrschenden Rechtselementen nach und nach abgewonnen hatte, aber nicht dazu berufen, einen anerkannten Hauptsatz des positiven Rechts mit Bewußtseyn durch etwas völlig Neues zu verdrängen.

Der Praxis also, der geräuschlosen Uebung, unter dem Einflusse theoretischer Nachhülfe, mußte es vorbehalten bleiben, die Mittel zu erfinden, mit welchen den Hemmnissen des positiven Rechts auszuweichen und ein Institut, wie das der exekutorischen Urkunden zu begründen war, welches vorerst in dürftiger Gestalt und in kleinen Bezirken auftretend, bald ein stattliches Aussehen und eine weitverbreitete Wirksamkeit erlangen sollte.

Fragen wir nun: welches waren denn die Mittel, mit welchen man so große Dinge bewirkte? welches waren jene Kautelen, mittels welcher man den Vertragsinstrumenten die exekutorische Wirksamkeit vindicirte? oder mit andern Worten: worin bestand denn die italienische Guarentigia? so ist die für den ersten Anblick etwas sonderbare, aber einstimmige Antwort aller von Guido de Suzaria bis in das XVII. Jahrhundert in ununterbrochener Folge reichenden Zeugnisse keine andere als folgende:

> die Kontrahenten kleideten ihre Promission in die Form eines gerichtlichen oder quasigerichtlichen Geständnisses (confessio in jure) ein, welches sie in frühesten Zeiten vor dem ordentlichen Richter, später vor dem die Vertragsurkunde ausfertigenden Notar (judex chartularins)

---

schwemmt war, wurde häufig von einflußreichen Theoretikern einzelnen statutarischen Bestimmungen, weil man sie mit Hauptgrundsätzen des römischen Rechts im Widerspruche fand, die Gültigkeit bestritten.

ablegten, und von diesem den richterlichen Befehl, das Versprochene binnen einer gewissen Frist zu leisten (praeceptum s. mandatum de solvendo executivum, als Anfang einer jeden Exekution, hier vorzugsweise praeceptum guarentigiae genannt,) entgegennahmen.

Azo (um's Jahr 1200), vollständiger Roffredus (um's Jahr 1215) und ein Statut von Padua aus dem Jahre 1236 liefern Zeugnisse für jene ältere Form der confessio coram judice ordinario,[3]) für welche, wie es scheint, die Benennung guarentigia noch nicht gebräuchlich war.

Die confessio coram notario, welche schon in dem Statut von Padua mit gleicher Wirksamkeit wie die coram judice wenigstens erlaubt war, *) wurde von nun an immer gewöhn-

---

3) Azonis Summa in L. un. C. de confess. num. 7. Belegst. S. 3. — Roffredus de libellis et ord. judic. P. IV. Rub. de actione, quae oritur ex confessione. Belegst. S. 8, 9. — Statuta communis Paduae Lib. II. Rub. IV. l. 5. Ed. Vincent. 1482 fol. 11b et 12. Belegst. S. 191—192.

[*) Oesterley, das deutsche Notariat, Th. I. S. 353. bezweifelt dieß, weil der im Statut (Belegst. S. 191 a. E.) genannte „notarius et officialis ad dischum gewiß ein Gerichts-Notar, Gerichtsschreiber sey." Letztres zugegeben, so liegt darin doch kein Grund gegen die von mir oben aufgestellte Behauptung. Oesterley selbst, nach so ausgezeichneten Studien über die Geschichte des Notariatswesens, kann die Vorstellung weder hegen noch zulassen, nach welcher ein Notarius des XIII. Jahrhunderts einem deutschen Gerichtsschreiber des XIX. Jahrhunderts, wie man ihn so häufig sieht als Schreibmaschine für die Funktionen des Richters, gleich gestellt werden könnte. Auch der Gerichts-Notar war in seiner eigenthümlichen Funktion, der Verbriefung gerichtlicher Verhandlungen wie außergerichtlicher Rechtsgeschäfte, ein selbständiger Beamter. Uebrigens kann der Ausdruck: notarius ad dischum ubi factum erit praeceptum auch wohl die Bedeutung haben, daß es ein Notar des Gerichtssprengels seyn muß, in welchem die exekutorische Wirksamkeit der Urkunde geltend gemacht werden soll. (Vgl. Hüll-

licher und bildete zuletzt die allgemeine Regel. Es wird zu größerer Anschaulichkeit dienen, wenn wir bei Mittheilung der Zeugnisse etwas umständlicher verfahren und wenigstens einige derselben dem Leser unmittelbar vor das Auge bringen:

1. Guido de Suzaria:[4])

Praeceptum autem guarentigiae communiter fit sic: quia dicit tabellio et praecipit per sacramentum guarentigiae, quod observent et faciant [partes], quod promiserunt; et tale praeceptum habet vim sententiae et per judicem mittitur exequutioni infra decem dies absque juris solennitate, et huic instrumento statur nec potest opponi nisi exceptio solutionis per aliud instrumentum guarentigiae.

2. Petrus Boaterius:[5])

dico, quod praeceptum est quaedam sententia interlocutoria quodammodo secum trahens executionem; . . . et facit illud judex pro tribunali sedens praesente creditore, et fit debitori debitum sponte confitenti, alias non posset fieri; in Thuscia tamen et in

---

mann, Städtewesen, III. S. 275—276, wonach durch den discus aber der Gerichtssprengel bezeichnet wird, mithin nach demselben auch benannt werden kann.) Jedenfalls ist die Unterscheidung, welche das Statut zwischen dem judex und dem notarius praesentibus tribus testibus macht, so deutlich und bestimmt, daß es keinem Zweifel unterliegen kann: man wollte die Befugniß, welche dem Richter zusteht, auch dem Notar (ohne Richter aber mit Zuziehung von drei Zeugen) zugestehen.]

4) Tr. de instr. guar. num. 1. Belegst. S. 35; — vgl. ebendas. S. 53 Num. 47: „instrumento guarentigiae inde confecto manu notarii."

5) Expositio ad Auroram Rolandini Cap. III. Rub.: Instrumentum solenne mutui . . . diversis fulcitum pactis. Belegst. S. 74. ad 1.

quibusdam civitatibus fit a tabellionibus, quod appellant praeceptum varentigiae.

3. Petrus de Unzola:[6])

Item nota, quod in quibusdam locis secundum statuta vel consuetudines loci si de debito chirographum[7]) fiat, idem tabellio, qui fecit instrumentum, facit praeceptum et inserit instrumento.

4. Jacobus Buttrigarius:[8])

Attende, quod judices chartularii sunt illi, qui sunt ordinarii et habent jurisdictionem inter volentes tantum, et multi sunt in Tuscia: nam quasi omnes tabelliones sunt judices ordinarii et faciunt instrumenta debiti et mandant in eodem instrumento debitori volenti et sponte confitenti, quod solvat usque ad talem diem.

5. Cinus de Pistorio:[9])

praeceptum guarentisiae, i. e. confessio, quae fit in Tuscia, maxime Florentiae, a judicibus et notariis habentibus super hoc potestatem a statutis terrarum, quod quidem praeceptum habet paratam executionem.

Auf völlig gleiche Weise:

6. Bartolus de Saxoferrato,[10])

7. Baldus de Ubaldis,[11])

---

6) Additio ad Rolandinum l. c. Belegst. S. 71.

7) chirographum steht hier sehr ungewöhnlich für instrumentum.

8) Lectura super L. 3 C. ubi et ap. quem cognitio. Belegst. S. 84.

9) Comment. in L. un. C. de confess. Belegst. S. 87. Idem in L. 14. C. de non num. pec. Belegst. S. 92.

10) In L. un. C. de confess. num. 3. Belegst. S. 93—94. Idem in L. 15. §. 1. D. de re jud. num. 8. Belegst. S. 94. — Idem in L. 2. D. de confess. num. 15. Belegst. S. 96—97.

11) In L. 27. C. de fideiuss. et mand. Belegst. S. 107. — Idem in L. 5. C. de exec. rei jud. num. 2. Belegst. S. 108, 109. — Idem in L. 14. C. de non num. pec. num. 15. Belegst. S. 115.

8. Angelus de Ubaldis,[12])
9. Bartholomaeus de Saliceto,[13])
10. Paulus de Castro:[14])

instrumentum confessionatum, quod communi vulgari dicitur guarentigiatum, puta, quando in fine continetur clausula, quod debitor confitetur omnia supradicta vera esse et notarius tamquam judex ordinarius facit sibi praeceptum, quod debeat solvere, quandocunque fuerit requisitus.

11. Antonius de Canario,[15])
12. Benedictus de Barzis,[16])
13. Alexander Tartagnus,[17])
14. Bartholomaeus Socinus,[18]) geb. 1436 in Siena, gest. 1507:

instrumentum guarentigiatum habet executionem paratam, quoniam nihil aliud est guarentigia, nisi praeceptum factum in confessum per notarium de instrumento rogatum, effectum judicem ordinarium, de observando promissa.

15. Jason de Mayno,[19])

---

12) In L. 5. D. de re jud. Belegst. S. 116—117.
13) In L. un. C. de confess. Belegst. S. 123. — Idem in L. 10. C. mandati. Belegst. S. 124—125.
14) In L. 56. D. de re jud. Belegst. S. 138. — Idem in L. 71. §. 2. D. de condit. et demonstr. num. 3. Belegst. S. 137—138.
15) Tr. de exec. instrum. num. 8. Belegst. S. 146.
16) Tr. de guarentigia P. I. qu. 1. Belegst. S. 168—169.
17) In L. 5. D. de re jud. Belegst. S. 177.
18) Consil. Mariani et Bartholomaei de Socinis. Lugd. 1546. fol. Vol. IV. cons. 79, num. 49. fol. 74b.
19) In L. 7. C. de jur. et facti ignor. Belegst. S. 183. — Idem in L. 1. §. 2. D. de V. O. num. 28. Belegst. S. 185. — Idem in L. 3. C. de edicto D. Hadr. toll. Belegst. S. 188.

16. Jacobus Menochius:[20])

guarentigiam nihil aliud esse, quam praeceptum quoddam, quod fit per notarium de instrumento rogatum parti roganti, ut observet in instrumento contenta.

17. Jo. Bapt. Asinius,[21])

18. Sigism. Scaccia:[22])

guarentigia autem nihil aliud est, ut tradit Jason, quam illud praeceptum factum debitori a notario in instrumento de solvendo infra decem dies.

§. 6.

Wo es üblich war, das praeceptum s. mandatum de solvendo nur vom ordentlichen Richter ergehen zu lassen, da pflegte man doch regelmäßig die vertragsmäßige Verpflichtung zur Uebernahme eines solchen richterlichen Mandats schon coram notario, d. h. bei Errichtung der Urkunde über das Hauptgeschäft einzugehen[1]) und durch die Bestimmung einer Konventionalstrafe zu befestigen. Die stehende Formel dieser Verpflichtung gibt Rolandinus (welcher im J. 1224 Notar, späterhin auch Professor der Notariatskunst war) in einem Formular zu Schuldurkunden folgendermaaßen:

Insuper promiserunt [debitores] in solidum praeceptum recipere a communi Bononiae hinc ad tertiam diem

---

20) De arbitrariis judicum quaestionib. et causis. Lib. II. Centur. I. Cas. 17. (Colon. Agripp. 1684. f. pag. 123.)

21) Tr. de executionib. et processib. executivis. §. 1. cap. XXV. num. 2. (Ed. Frcf. 1602. pag. 26.) Er wiederholt wörtlich die oben angeführten Stellen von Tartagnus und Socinus.

22) Tr. de judiciis. Lib. I. Cap. 62. num. 22. (Ed. Frcf. 1669. Pag. 168.)

1) Siehe Petr. de Unzola ad summam Roland. Cap. IX. Rub. de processu contra reum confessum. (Belegst. S. 71.)

de dicta pecunia solvenda praedicto termino sub poena XXV librarum bonon. stipulantibus promissa, qua soluta vel non rata maneant praedicta. Quod praeceptum ad dictum terminum recipi iidem creditores ibidem et in praesenti denunciaverunt debitoribus antedictis;[2])

eben so Durantis:

Insuper promiserunt in solidum praeceptum recipere a tali judice ad certum diem de dicta pecunia praedicto termino solvenda sub poena XXV librarum turin. stipulatione solenni promissa, u. s. w.[3])

Urkunden mit dieser Klausel nannte man zur Zeit des Baldus instrumenta confessionata (im engeren Sinne) im Gegensatz zu den guarentigiatis im engeren Sinne.[4])

Die Formel für das praeceptum judicis lautet bei Rolandinus:

Dominus talis judex praecepit Antonio, ut det et solvat Corrado hinc ad X dies proximos XX libr. bonon., quas ex causa mutui se ipsi Corrado debere dare confessus est et hoc contineri in publico instrumento scripto manu talis notarii.[5])

und bei Durantis:

Ego talis judex audita confessione tua praecipio tibi, ut des et solves hinc ad X dies centum solidos turinos P., quos ex causa mutui eidem P. te debere et

---

2) Belegst. S. 63.
3) Belegst. S. 78.
4) Nehmlich denjenigen, welche neben der confessio coram notario auch das praeceptum notarii enthielten.
5) Belegst. S. 66.

contineri in instrumento publico manu talis notarii confecto de plano in judicio es confessus.[6])

Für die clausula guarentigiae im engeren Sinne, in welcher der Notar auf die vor ihm abgelegte confessio als judex chartularius sein praeceptum de solvendo erläßt, findet sich die älteste Formel in einer florentinischen Urkunde über einen Tauschvertrag vom Jahr 1251, durch welchen der Bischof von Florenz dem Propst einer geistlichen Brüderschaft für die bisher von derselben innegehabten Realitäten andere überläßt; am Schlusse dieser Urkunde heißt es:[7])

> Acta sunt haec omnia supradicta in Palatio Episcopatus Florentini sub anno Domini MCCLI. indictione XI. 3. id. Septembris praesentibus testibus ad haec rogatis . . . . Coram quibus testibus in continenti Jacobus de Cerreto, judex et notarius infrascriptus, praedicto Domino Episcopo volenti et confitenti praedicta, sicut ei[8]) licebat, per guarentisiam ex tenore capituli constitutionis Florentinae civitatis districte nomine juramenti praecepit, eis[9]) tamen reverentia salva, et[10]) ita observet et faciat omnia supradicta, ut superius continetur.

Vollkommen ähnlich ist auch das Formular, dessen sich die Notare zu Florenz noch um's J. 1577 alltäglich bedienten:

> quibus quidem Antonio et Dominico[11]) praesentibus audientibus et intelligentibus et praedicta omnia et

---

6) Belegst. S. 80.
7) Ferd. Ughelli, Florentini, Italia sacra. Ed. 2. Venet. 1718. f. Tom. III. p. 124.
8) sc. notario.
9) Leg. ejus, sc. Episcopi.
10) Leg. ut.
11) Namen der Kontrahenten.

singula sic volentibus et confitentibus ego Leonardus judex ordinarius et notarius publicus infrascriptus praecepi per guarentigiam vice et nomine juramenti, prout mihi licuit et licet ex forma statutorum et ordinamentorum communis Florentiae de guarentigia loquentium, quatenus praedicta omnia et singula, ut supra per eos promissa et conventa, attendant et observent juxta praesentis publici instrumenti vim, formam, tenorem, seriem et effectum in omnibus et per omnia.[12])

Eine ähnliche Formel enthält das im Jahr 1544 reformirte Stadtrecht von Pistoja:

praecepit Ser Joannes Desiderii de Fortiguerris de Pistorio, cancellarius dictae civitatis, notarius et judex ordinarius pro volenti et confitenti, quod solvat praefatum debitum vel rem praedicto N. infra terminum in praedicta scriptura contentum, vel quod defendat dictam rem, et seu instrumentum et scripturam, prout in eis continetur, attendat et observet.[13])

Jason de Mayno gibt folgende Formel:

quia talis est confessus se debere decem coram me tali, ego notarius jubeo et praecipio sibi, quod det tali decem infra tale tempus.[14])

---

12) Formularium quotidianum contractuum secundum stilum potissime Florentinum . . . (Officielle Ueberarbeitung einer älteren Sammlung.) Florentiae 1577. 8. p. 55. — Die Formularien dieser Sammlung (aus einer älteren Ausgabe), insbesondere die clausula guarentigiae, sogar mit der darin enthaltenen Allegation der Statuten von Florenz, sind meistens wörtlich schon in eine Ars notariatus. Francof. 1539. f. ohne Angabe der Quelle aufgenommen.

13) Statuta civitatis Pistorii. Flor. 1546. fol. 48b. Belegst. S. 273.

14) Jason in L. 1 §. 2. D. de V. O. num. 28. Belegst. S. 185.

Eine Vereinigung beider Formen, nehmlich das pactum de recipiendo praecepto judicis ordinarii neben der gleichzeitigen Uebernahme des praeceptum notarii, findet sich in nachstehender, wie es scheint, vorzugsweise in Piacenza üblichen Formel:

Petrus Antonius . . . promisit restituere Jacobo . . . libras CC denarior. placentin., quas fuit confessus habuisse et recepisse a dicto Jacobo . . . nomine mutui et ex causa mutui, . . et se sponte suscepturum terminum [15]) coram domino Vicario domini Potestatis Placentiae et ad ejus tribunal ad omnem ipsius Jacobi requisitionem; et ex nunc ipsum terminum suscepit a me notario infrascripto tamquam publica persona et judice, et prout melius et efficacius ac validius fieri et esse possit, de solvendo et restituendo pecunias praedictas ad terminum, de quo supra. [16])

§. 7.

Schon die bisherigen Mittheilungen über die äußere Form und die Wirksamkeit der italienischen Guarentigia würden hinreichen, uns über die inneren rechtlichen Grundlagen dieses Instituts aufzuklären. Zu allem Ueberflusse aber bietet der wahrhaft verschwenderische Fleiß, welcher von den italienischen Juristen des Mittelalters auf diese Materie verwendet worden ist, noch außerdem einen so reichen Vorrath von Materialien

---

15) Terminum suscipere wird häufig statt praeceptum suscipere gebraucht.

16) Formularius instrumentorum egregii causidici D. Petri Dominici de Mussis, nobilis Placentini. Venetiis s. a. 4to. fol. 128 und an vielen andern Stellen.

bar, daß sich die hier zu beantwortende Frage bis in das kleinste Detail verfolgen läßt.

Hier tritt nun vor Allem, und zwar schon in den frühesten Zeiten, das Bestreben hervor, das ganze Institut der guarentigiirten Urkunden als einen Ausfluß des römischen Rechts gelten zu lassen, indem man zur Begründung und Rechtfertigung desselben die Grundsätze des römischen Rechts über die confessio in jure benützte, an deren Spitze der folgenreiche Satz steht:

confessus in jure pro judicato habetur.

Die Hauptstellen des römischen Rechts, welche man hierbei vor Augen hatte, sind folgende:

L. 1 D. de confessis. (Paulus.)

Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.

L. 3 eodem. (Paulus.)

Julianus ait confessum, certum se debere legatum, omnimodo damnandum, etiamsi in rerum natura non fuisset, et si iam a natura recesserit, ita tamen, ut in aestimationem ejus damnetur: quia confessus pro judicato habetur.

L. 6. eodem. (Ulpianus.)

Certum confessus pro judicato erit, incertum non erit.

§. 1. Si quis incertum confiteatur, vel corpus sit confessus, Stichum vel fundum dare se oportere, urgeri debet, ut certum confiteatur, item is, qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur . . . .

§. 6. Confessi utique post confessionem tempora quasi ex causa judicati habebunt.

L. 30. D. de re judicata:

Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum

dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat. Si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possunt explicare pecuniam, differant solutionem, pig noribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio Proconsuli D. Pius in haec verba praescripsit: His, qui fatebuntur debere, aut ex re judicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur; eorum, qui intra diem vel ab initio datum vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi: eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; . . .

L. 56. D. de re jud. (Ulpianus.)

Post rem judicatam vel jurejurando decisam vel confessionem in jure factam nihil quaeritur post orationem Divi Marci: quia in jure confessi pro judicatis habentur.

L. 25. §. 2 D. ad L. Aquil. (Ulpianus.)

Notandum, quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, judex non rei judicandae sed aestimandae datur: nam nullae sunt partes judicandi[1]) in confitentes.

L. un. C. de confessis. (Rescript von Caracalla).

Confessos in jure pro judicatis haberi placet. Quare sine causa desideras recedi a confessione tua, cum et solvere cogeris.

Der Sinn dieser gesetzlichen Bestimmungen geht einfach dahin:

Der confessus in jure wird dem durch richterliches Erkenntniß Verurtheilten gleich geachtet; es bedarf daher einer

---

1) alias: judicantis.

Verurtheilung desselben zu demjenigen, dessen er geständig ist, nicht mehr. In allen Fällen begründet demnach die confessio in jure[2]) dieselbe förmliche Wahrheit unter den Parteien, welche durch ein rechtskräftiges Erkenntniß begründet wird. In jenen Fällen aber, in welchen der Inhalt des Geständnisses so beschaffen ist, daß er, als Inhalt eines rechtskräftigen Erkenntnisses gedacht, sofort vollstreckbar[3]) wäre, muß auch die confessio in jure ohneweiters vollstreckbar seyn; dem confessus in jure läuft daher von dem Zeitpunkte der confessio die nehmliche Zahlungsfrist, welche auch dem judicatus vergönnt ist, tempora quasi ex causa judicati.[4]) Geständnisse, welche diese Beschaffenheit nicht haben, welchen sonach zwar die Wirksamkeit förmlicher Wahrheit, nicht aber die der sofortigen Exekution zukommt, können von zweierlei Art seyn: entweder, indem sie zwar auf die Hauptverbindlichkeit gerichtet sind, diese aber in quanto oder quali nicht liquid ist, incertum, res non certa; oder, indem sie gar nicht auf die Hauptverbindlichkeit, sondern nur auf eine Vorfrage, von welcher die Beurtheilung der Hauptverbindlichkeit abhängig ist, gerichtet sind. Im ersten Falle muß der Exekution ein förmlicher Liquidationsprozeß vorhergehen, welcher mit der Verurtheilung zu einer in quanto et quali bestimmten Leistung schließt. Im zweiten Falle ist die Vorfrage durch das Geständniß zwar

---

2) Daß die confessio, um irgend eine Wirksamkeit zu haben, an sich rechtsgültig seyn muß, versteht sich von selbst und kommt hier zunächst gar nicht in Betracht.

3) Im engeren Sinne; denn im weiteren Sinne ist freilich jedes rechtskräftige Erkenntniß vollstreckbar, selbst ein rechtskräftiges Beweisinterlokut.

4) Nach Justinianeischem Rechte eine Frist von vier Monaten, zur Zeit der Glosse vermöge eines allgemeinen Gewohnheitsrechts eine Frist von 10 Tagen. Vgl. gl. indultum est ad L. 21 D. de judiciis.

eben so bestimmt entschieden, als sie es durch ein rechtskräftiges Erkenntniß gewesen seyn würde; von Exekution kann aber keine Rede seyn, weil zur Zeit über die Hauptverbindlichkeit selbst rechtliche Gewißheit weder durch Geständniß noch durch Richterspruch vorliegt.

Es bleibt nur übrig, zu bestimmen, was man unter confessio in jure zu verstehen habe, eine Frage, an welcher schon die Glossatoren strauchelten. Nunmehr zwar ist es eine bekannte Sache,[5]) daß die Bedeutung der confessio in jure aus dem zur Zeit Justinians freilich schon untergegangenen ordo judiciorum privatorum zu erklären ist, dessen Wesen auf der Trennung des Prozesses in zwei Abschnitte beruhte, in das Verfahren vor dem Prätor, in jure, und das vor dem Judex, in judicio. Das Verfahren vor dem Prätor hatte die Aufgabe, den eigentlichen Rechtsstreit lediglich vorzubereiten, die Streitfrage zu fixiren;[6]) mit dem Verfahren vor dem Judex beginnt der eigentliche Rechtsstreit, seine Aufgabe ist es, die Streitfrage zu lösen. Unter der confessio in jure verstand man daher nur das bei Gelegenheit des vorbereitenden Verfahrens vor dem Prätor abgelegte Geständniß; nur auf dieses Geständniß ist die Rechtsregel confessus pro judicato est gerichtet, nicht aber auf das Geständniß vor dem Judex, confessio in judicio.

In jure konnte das Geständniß auf zweierlei Weise vorkommen: entweder indem der Beklagte den Anspruch des

---

5) Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Berlin 1827. Abhdlg. IV: über das gerichtliche und außergerichtliche Geständniß. S. 260 ff. — Vgl. Zimmern, der Röm. Civilprozeß in geschichtl. Entwicklung. §. 125. 126.

6) Analog unserem ältern Verfahren bis zum Relevanzbescheide, dem neuern bis zum Beweisinterlokut.

Klägers seinem ganzen Umfange nach anerkannte,[7]) oder indem er eine von jenen dem Prätor gestatteten Fragen, interrogationes in jure, mit einem Geständniß beantwortete. Solche interrogationes in jure [8]) bezogen sich jedoch nicht auf die Hauptverbindlichkeit, sondern nur auf gewisse Vorfragen über Punkte, welche wir unter der Passivlegitimation zur Sache zu begreifen pflegen,[9]) und über ähnliche Punkte.[10])

---

7) Daß in diesem Falle, — selbst wenn der Verklagte sich weigert, den anerkannten Anspruch des Klägers zu befriedigen, — kein Prozeß, (dem es sogar am Objekt fehlt,) also auch kein verurtheilendes Erkenntniß nachfolgen, sondern nur der unmittelbare Zwang zur Leistung der Verbindlichkeit (ein Akt der vollziehenden, nicht der richterlichen Gewalt) eintreten kann, beruht wahrhaft auf innerer Nothwendigkeit der Natur der Sache. Vgl. v. Gaisberg, allgemeine Vorkenntnisse zur Theorie des bürgerl. Proc. §. 28—31. und §. 61—62.

8) Tot. tit. D. de interrogationibus in jure faciendis et interrogatoriis actionibus. (11, 1.)

9) Z. B. wenn der Erbe des ursprünglichen Schuldners belangt wird, an heres sit? quota ex parte heres sit? — Die in den Gesetzen ausdrücklich genannten Fälle der interrogatio in jure stellt die Glosse zu L. 1. D. h. t. folgendermaaßen zusammen: prima: an sit heres? secunda: pro quota parte? tertia: qualiter sit heres? quarta: an servum noxium possideat? quando convenitur noxaliter; quinta: an sua sit quadrupes? [quae pauperiem fecisse dicatur.] sexta: an possideat aedes, quarum nomine petitur caveri de damno? septima: pro qua parte? octava: si penes se habeat peculium? Nona: de aetate; decima: an possideat ille, contra quem agitur in rem? Undecima: pro qua parte? — Auch bezüglich dieser Fragen liegt es völlig in der Natur der Sache, daß, sobald der Beklagte mit einem dem Kläger genügenden Geständnisse geantwortet hatte, hierüber, als über ein klares, von keinem Theile in Contestation gezogenes Rechtsverhältniß, kein Rechtsstreit entstehen konnte, daß aber der Streit darüber: ob der geständigermaaßen zur Sache legitimirte Beklagte in der Hauptsache verpflichtet sey, den Anspruch des Klägers anzuerkennen? allerdings noch geführt werden mußte.

10) Z. B. über das Alter (L. 11. pr. D. h. t.) und andere Verhält-

Mit dem Untergange des alten ordo judiciorum privatorum war zwar die Trennung des Verfahrens in das vor dem Prätor und das vor dem Judex verschwunden; da aber doch die auf diese Trennung berechneten gesetzlichen Bestimmungen über die confessio in jure und die interrogationes in jure noch in der Kompilation Justinians vorkommen, so kommt es, um dieselben richtig anwenden zu können, vor Allem auf die Frage an: welche Anhaltspunkte das neuere Verfahren zu einer wenigstens analogen Anwendung derselben darbietet?

Die Glossatoren, obgleich von den irrigsten Voraussetzungen ausgehend, haben diese Frage, wie mir scheint, in der Hauptsache doch sehr richtig gelös't. Obgleich sie die geschichtliche Bedeutung des Unterschieds zwischen jus und judicium nicht kannten, vielmehr unter confessio in jure jedes gerichtliche Geständniß verstanden[11]) und somit konsequenter Weise die Regel: confessus in jure pro judicato est mit allen ihren Folgen auf jedes gerichtliche Geständniß hätten anwenden müssen, wie in der That Einige vor Accursius

---

nisse des Beklagten, von welchen die Rechtsfähigkeit desselben, vor Gericht zu handeln, abhängt. Auf ähnliche Punkte muß man ohne Zweifel die allgemeine Regel der L. 21. D. h. t. beschränken: Ubicunque judicem aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem dubium non est. Dem Begriffe römischer aequitas würde es widerstreiten, wenn man in dieser allgemeinen Regel eine ganz willkührliche Ausdehnung des Fragerechtes finden wollte. Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 278.

11) Azonis summa ad L. un. C. de confessis num. 2. et num. 4. Belegst. S. 2. — Roffredus de libellis et ordine judicior. P. IV. rubr. de actione in factum vel utili, quae oritur ex confessione, vers. Primum et secundum. Belegst. S. 7—8. — Glossa ad L. un. C. de confessis. Belegst. S. 10—11.

lehrten,[12]) so machte sich doch die entgegengesetzte Ansicht geltend, welche streng unterschied, ob das Geständniß vor der Litiscontestation oder nach derselben abgelegt wurde. Nur auf jene vor der Litiscontestation abgelegten Geständnisse soll der Grundsatz confessus in jure pro judicato est seinem vollen Umfange nach angewendet werden, so daß es keines verurtheilenden Erkenntnisses bedarf, sondern dem confessus sofort das praeceptum de solvendo, d. h. der Befehl, innerhalb der auch dem judicatus vergönnten Frist zu zahlen, ertheilt werden kann. Auf Geständnisse aber, welche nach der Litiscontestation vorkommen, muß ein förmliches Erkenntniß erfolgen.[13])

Dieser Unterschied, obgleich man eine wissenschaftliche Begründung desselben durchaus vermißt, scheint ganz dazu geeignet, das Analogon für die frühere Trennung des Verfahrens in jure und in judicio darzustellen. Denn auch das Verfahren in jure mußte in allen Fällen, in welchen ein judicium noch zulässig und nöthig war, mit der Litiscontestation schließen. War nun auch diese ältere Litiscontestation im Ganzen sehr verschieden von der neueren, so glichen sie sich doch beide in dem für unsere Frage ganz entscheidenden Punkte, daß hier wie dort die Litiscontestation der formelle Anfangspunkt des eigentlichen Rechtsstreites ist,[14]) der Akt, durch

12) Siehe Azo a. a. O. Num. 6. Belegst. S. 3. — Gl. ad L. un. C. de confess. ad. v. solvere. Belegst. S. 10—11.

13) Glossa ad L. un. C. de confess. ad v. solvere, vers. *Item habetur pro judicato*. Belegst. S. 11: „Et hoc [sc. quod confessionem debeat sequi sententia], si lis fuerit contestata; alias sufficit in confessum dari quoddam praeceptum in certum diem, ut ff. de jud. l. si debitori.“

14) Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproz. Bd. I. (Bonn 1834.) §. 23. S. 261.

welchen manifestirt wird, daß es sich nunmehr von dunklen oder bestrittenen Rechtsverhältnissen handelt, welche, — als eigentlicher Gegenstand richterlicher Thätigkeit, — nur durch richterliches Erkenntniß geschlichtet werden können.[15])

§. 8.

Die Theorie der Glossatoren über die Folgen des gerichtlichen Geständnisses geht daher von folgendem Grundsatze aus:

> ein jedes (an sich rechtsverbindliche) gerichtliche Geständniß, welches vor der Litiscontestation abgelegt worden ist, hat die Wirksamkeit eines rechtskräftigen Erkenntnisses; dasselbe kann daher nicht nur durch eine actio in factum, (gleich der actio judicati,) sondern auch durch einfaches Anrufen des officium judicis um sofortige Einleitung des Exekutionsverfahrens mittels Erlassung eines auf dieselbe Zahlungsfrist, welche dem judicatus gegönnt ist, gerichteten praeceptum s. mandatum de solvendo realisirt werden (parata executio).

Da im außerordentlichen, summarischen Verfahren, welches sine oblatione libelli eingeleitet wurde, eine Litiscontestation überhaupt nicht erforderlich war, so mußte dieses als das plausibelste Mittel erscheinen, um ein zur schleunigen Exekution geeignetes Geständniß zu erlangen. Die Form dieses außer-

---

15) Geständnisse, welche nach der Litiscontestation vorkommen, müssen daher immer so angesehen werden, als ob die geständige Partei zwar diese oder jene den Inhalt des Geständnisses ausmachende Thatsache, hiermit aber nicht die Verbindlichkeit zur Leistung dessen, was der Kläger in Anspruch nimmt, einräumen wollte; es muß daher durch richterliches Erkenntniß ermittelt werden, ob der Inhalt des Geständnisses hinreicht, um die Rechtmäßigkeit des Klaganspruchs zu begründen.

ordentlichen Verfahrens war interrogatorisch,[1]) Nachahmung der alten interrogationes in jure, wenigstens scheinbar gerechtfertigt durch die dem Wortlaute nach sehr allgemeine Regel der L. 21 D. h. t. Ubicunque judicem aequitas moverit, aeque fieri interrogationem dubium non est.[2])

Wie sehr dieser Gebrauch schon vor Azo zur gemeinen Praxis geworden war, bezeugt dieser selbst:

> si vero extra ordinem vel ex abrupto fecerit quis reum per sacramentum a praeside interrogari, ut tunc nulla debeat sequi sententia, sed praecipiatur a praeside pecunia intra legitima tempora solvi, sicut quotidie servari videmus.[3])

Ein ähnliches Zeugniß gibt Roffredus.[4]) Die Glosse des Accursius endlich fand den Gebrauch schon so befestigt, daß sie denselben als ein allgemeines Gewohnheitsrecht anerkannte:

---

1) „Cum sine libello simpliciter ad instantiam actoris" („citra formam judicii" „extra ordinem vel ex abrupto" „jure extraordinario") „judice interrogante reus confitetur." Siehe Azo a. a. O. Num. 7. Belegst. S. 3. — Roffredus a. a. O. Belegst. S. 9. — Accursius zu L. 25. D. ad l. Aquil. gl. sed aestimandae, (Belegst. S. 14.) zu Authent. de exhib. et introducendis reis cap. III. gl. litis contestationem. Belegst. S. 15.

2) Gl. ad L. 21. D. h. t. *Ubicunque dubium:* ut, si Bononiensis petat lectum et nesciat cui locavit ex scolaribus Azo. vel sicut Bononiae in praeceptis: nam quaeritur a debitore an debeat, ut sic fiat ei unum praeceptum, ut supra de judi. si debitori. Der erstere Fall wird anderswo vollständiger erzählt: eine Frau hatte an einen Studenten durch den gemeinschaftlichen Diener von drei Studenten ein Bett vermiethet und wußte nun nicht, an welchen von den dreien sie sich zu halten habe.

3) Belegst. S. 3.

4) Belegst. S. 9.

si autem extra ordinem fecit eum interrogari et fuit confessus, tunc fit ei unum praeceptum de solvendo secundum consuetudinem generalem.[5])

Sehr bald, und noch zur Zeit der Glossatoren,[6]) bediente man sich dieses Instituts auch dazu, um jene Wirksamkeit der confessio in jure auf Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit überzutragen: die Kontrahenten mit der Miene streitender Parteien gingen vor den Richter; der eine Theil in der Rolle des Klägers, aber sine oblatione libelli, jure extraordinario, bittet den Richter: domine quaere a debitore meo, an debeat mihi decem; der Debitor wird befragt, er gesteht die Schuld zu, und erhält nun als confessus in jure das praeceptum de solvendo, welches paratam executionem mit sich führt, gleich wie der debitor ex re judicata. Hierüber lassen die eben angeführten Stellen des Azo, des Roffredus und der Accursischen Glosse, in Verbindung mit folgender Stelle des Odofredus keinen Zweifel übrig:

Nam cum aliquis confitetur in jure: aut extra ordinem,

---

5) Gl. ad Auth. de exhib. et introduc. reis. ad v. Litis contestationem. Belegst. S. 15.

6) Ich wage es nicht zu entscheiden, ob nicht schon ein toscanisches Placitum aus dem Jahr 1058 (Ughelli Italia sacra T. III. p. 627. 628.) hieher bezogen werden darf, und übergebe deßhalb dem eigenen Urtheile des Lesers einen vollständigen Abdruck dieser Urkunde im I. Anhang des gegenwärtigen Bändchens. — Merkwürdig ist es jedenfalls, wie der Inhalt dieser Urkunde, von einem streitigen Rechtsverhältnisse ausgehend, sofort durch das Medium einer confessio in jure zu einer vertragsmäßigen Uebereinkunft der Parteien übergeht, auf welche dann noch ein praeceptum judicis de observando promissa (in dem Bann am Schluß der Urkunde) folgt. Alles dieß trifft mit dem oben im Text für eine spätere Zeit nachgewiesenen Verfahren zum Behuf der Errichtung exekutorischer Urkunden sehr genau zusammen.

aut ex ordine. Extra ordinem fit confessio tota die in civitate ista; mam si muluo tibi C. et dico: volo, quod recipias praeceptum de hoc a judice, dicis tu: in nomine domini; venio tecum ad judicem de manu ad manum et dico judici: domine, iste debet mihi C; dicit judex: debes tu ei C? dicit isti: sic; judex facit ei praeceptum secundum consuetudinem locorum.[7])

So war denn in aller Unschuld mitten auf dem Boden des römischen Rechts das Mittel gefunden, jede gemeine Vertragsverbindlichkeit nach Belieben exekutorisch zu machen. Das einzige wahrhaft Unnatürliche bei dieser Manipulation war die Simulation eines streitigen Rechtsverhältnisses. Allein gerade dieser Simulation war, sobald nur die Parteien unter sich über ihre Rollen einig waren, so leicht nicht zu entgehen;[8]) und später, als der Gebrauch allgemein und offenkundig geworden war, hatte er sich auch bereits so befestigt, daß es

7) Odofredus in L. un. C. de confess. Belegst. S. 17. — cf. idem in L. 1. C. de litis contest. Belegst. S. 18. — Das gute Einverständniß der Parteien, welche hier das Spiel eines Prozesses extra ordinem aufführen, ist klar ausgedrückt. Jason nennt dieses sehr naiv voluntarie litigare. (Belegst. S. 184.)

8) Ich erinnere mich aus eigner Erfahrung einer ganz gleichen Manipulation. In einer mit schlauen Handelsleuten reichlich versehenen Gegend waren einige der spekulativsten, welche immer eine Menge kleiner Handelsgeschäfte, besonders mit Landleuten, im Gange hatten, worüber sie gern gerichtliche Sicherheit gehabt hätten, ohne die Sporteln der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu bezahlen, auf den Einfall gerathen, statt eines Vertrags einen Prozeß anzumelden, welcher regelmäßig im ersten Termin mit einem Vergleiche schloß, wofür man den zur Beförderung der Vergleiche hergebrachten Nachlaß der Sporteln in Anspruch nahm. Fast an jedem Gerichtstage kamen dergleichen Fälle vor; der Betrug war meistens leicht durchzuführen, nicht so leicht zu hintertreiben.

nun nicht mehr als Aufgabe gelten konnte, denselben nach reinen Rechtsregeln zu beschränken, sondern im Gegentheil, den betretenen Weg weiter zu verfolgen und das einmal gewonnene neue Institut auf seinen eigenthümlichen Grundlagen weiter fortzubilden.

§. 9.

Dieß geschah von nun an mit lebendigem Eifer, theils durch Aufnahme des Instituts in die überall entstehenden Stadtrechte, theils durch fortgesetzte theoretische Bearbeitung desselben in den Kommentaren des römischen Rechts, theils, und vorzüglich, durch den praktischen Gebrauch, dessen Verbreitung und Gleichmäßigkeit durch die Formelbücher der Notarien gefördert wurde.

Der erste Schritt zur Fortbildung des Instituts der exekutorischen Urkunden war schon zur Zeit der Glosse dadurch geschehen, daß man sich vertragsmäßig zur Uebernahme des von dem Richter zu erholenden praeceptum de solvendo verpflichtete, und sich die Erfüllung dieser Verpflichtung, welche an sich wohl nicht für klagbar gehalten werden konnte, durch Konstituirung einer Konventionalstrafe sicherte. Schon Odofredus kennt diese Kautel sehr gut;[1]) bei Rolandinus ist sie schon zur stehenden Formel geworden, so daß sie von nun an als eine jedem umsichtigen Kontrahenten, jedem geschäftskundigen Notar unentbehrliche Vorsichtsmaaßregel gelten mußte.

1) Odofredus in L. 1. C. de lit. contest. (Belegst. S. 18.): mutuo tibi X et tu promittis reddere ad diem et promittis recipere praeceptum infra diem postquam ego denunciavero tibi, et ego tibi statim denuncio, quod recipias, unde venimus ad judicem etc.

Zwar scheint diese Kautel zunächst für Bologna berechnet;[2]) sie mußte aber auch sonst überall, wo das praeceptum bei dem wirklichen Richter zu erholen war, praktikabel erscheinen. In den Formularien des Durantis kommt sie daher schon mit unverkennbar geflissentlicher Vermeidung aller örtlichen Beziehung vor[3]) und Petrus de Unzola gibt sehr bestimmtes Zeugniß von der allgemeinen Frequenz ihres Gebrauchs.[4])

War es nun einmal dahin gekommen, daß sich die Parteien vertragsmäßig vor Notar und Zeugen verpflichteten, das praeceptum de solvendo bei dem ordentlichen Richter zu erholen, so daß die Hauptsache schon jetzt durch einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgemacht, die Mitwirkung des ordentlichen Richters aber zu einer der kompetenzmäßigen Thätigkeit des Notariats dienstbaren Form herabgesunken war, so lag es in der That sehr nahe, auch diese letzte Scheinthätigkeit des Richters ganz auszuschließen oder auf das Notariat zu übertragen. Der zweite Schritt zur Fortbildung des In-

---

2) Gl. ad L. 21. D. de interrog. in jure. ad. v. Ubicunque. — Odofredus in l. un. C. de confessis. Belegst. S. 17. — Rolandini Aurora cap. III. rubr. Instrumentum solenne mutui. Belegst. S. 63. — Ejusd. Summa cap. IX. rubr. de processu contra reum confessum. Belegst. S. 65.

3) Durantis spec. Lib. II. part. III. rubr. de oblig. et solut. Belegst. S. 78.

4) Petrus de Unzola de judiciis, rubr. de processu contra reum confessum. (Belegst. S. 71.): Et quia magna est utilitas hujus praecepti, idcirco creditores, quando mutuant vel credunt aliquid, semper procurant et per pactum faciunt sibi promitti, quod debitores veniant ad judicem et quod judex interroget, utrum ipsi debeant tale quid, et procurant, ut ipsi confiteantur, et quod judex faciat istud praeceptum, et faciunt ipsum solenniter scribi in actis et postea sibi autenticum dari.

stituts der exekutorischen Urkunden bestand daher darin, daß man die Simulation eines interrogatorischen Prozesses vor dem ordentlichen Richter aufgab und sich damit begnügte, die confessio vor dem Notar, welcher das Instrument ausfertigt, abzulegen und von diesem das praeceptum de solvendo entgegen zu nehmen.[5]) Dieß ist nun das praeceptum guarentigiae im engeren und eigentlichen Sinne,[6]) und ebenso ist unter instrumentum guarentigiae s. guarentigiatum ursprünglich nur die mit diesem praeceptum versehene Urkunde verstanden worden.

Noch aber wagte man nicht, das Institut als ein selbstständiges, von den Grundlagen des römischen Rechts unabhängiges, zu behandeln, wie schon daraus erhellt, daß man auch jetzt noch die ursprünglich auf die Simulation eines wirklichen Rechtsstreits berechnete confessio und das auf dieselbe ergehende praeceptum de solvendo nach wie vor für nothwendig hielt, noch mehr aber daraus, daß man die Uebertragung der richterlichen Funktion auf das Notariat nicht unmittelbar, sondern wieder nur auf Umwegen und durch eine neue Fiktion herbeizuführen wagte. Dieß geschah dadurch, daß man den Notarien das Richteramt, eigentlich aber nicht viel mehr, als den Titel eines judex ordinarius beilegte,[7]) entweder den einzelnen Notarien durch persönliche Verleihung im Ernennungs-

---

5) Siehe die oben (§. 5. a. E.) mitgetheilten Belegstellen.

6) Im weitern Sinne wird manchmal unter praeceptum guarentigiae auch das von dem wirklichen Richter in Folge vorhergegangener Verabredung der Parteien erlassene praeceptum verstanden.

7) Daher man die notariellen Urkunden des Mittelalters so gewöhnlich unterzeichnet findet: N. N. notarius et judex ordinarius. (Zahlreiche Beispiele in Muratori antiqq. ital. und Ughelli Ital. sacra.)

dekret,[8]) oder durch allgemeine statutarische Maaßregeln, welche schlechthin bestimmten, daß jeder rechtmäßig ernannte Notar eo ipso auch als judex ordinarius anzusehen sey,[9]) — freilich nur für die hier in Frage stehende und ähnliche Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, was man durch den Ausdruck judex chartularius bezeichnete.[10])

Auch diese Erfindung wird als eine eigenthümliche jener Gegenden, wo das Institut der exekutorischen Urkunden überhaupt am frühesten vorkommt, nehmlich Toskana's und der Lombardei angegeben.[11])

---

8) Z. B. Odofredus in L. 1. C. de jurisd. omn. jud. Belegst. S. 19. — Baldus in L. 4. C. de adopt. Belegst. S. 108. — Benedictus de Barzis de guarentigia. P. I. qu. 1. Belegst. S. 169. — Alexander Tartagnus in L. 5. D. de re jud. num. 9. Belegst. S. 177. — Jason in L. 7. C. de jur. et facti ignor. num. 26: Nam sciendum est, quod notarii habent jurisdictionem habitu, aliquando ex forma statuti, aliquando quia ita creantur per comites palatinos; nam in partibus Lombardiae quando comites palatini creant aliquem notarium, faciunt etiam eum judicem, et isti sunt proprie judices cartularii. (Belegst. 183—184.)

9) Z. B. Cinus in L. un. C. de confess. Belegst. S. 87. — Bartolus in L. 15. D. de re jud. num. 8. (Belegst. S. 94): Nam notariis conceditur a statutis jurisdictio praecipiendo partibus, ut observent contenta in instrumentis etc. — Salicetus in L. 10. C. mandàti. (Belegst. S. 125.): notarius, qui est judex chartularius ex potestate sibi concessa a statutis. — Jason l. c.

10) Eine Bezeichnung, welche schon die Glosse kennt: gl. in L. 1. D. de judiciis ad v. qui tribunali, — in L. 12. C. de judiciis ad v. facultatem, — in L. 3. C. ubi et ap. quem cogn. ad v. non habent.

11) Odofredus l. c. — Buttrigarius in L. 3. C. ubi et ap. quem cogn. (Belegst. S. 84.) — Cinus in L. un. C. de confess. — Bartolus in L. 15. §. 1. D. de re jud. — Salicetus in L. un. C. de confess. (Belegst. S. 123.) Idem

Durch die neuere Form der Guarentigia (coram notario) hatte das Institut selbst zwar eine breitere, seiner eigentlichsten Intention mehr entsprechende Gestalt gewonnen, indem von nun an die Eigenschaft der Exequibilität als eines Produkts vertragsmäßiger Uebereinkunft bei weitem entschiedener hervortrat,[12]) sondern auch der praktische Gebrauch der Guarentigia in der Hand des Notars, dessen man ohnedieß bei jedem Vertragsinstrumente bedurfte, bedeutend erleichtert war. Zugleich aber hatte dasselbe Institut, welches man Anfangs durch eine einzige, kaum merkliche Täuschung vor dem Ansehen des römischen Rechts zu retten wußte, einen solchen Beisatz unnatürlicher Fiktion erhalten, daß es füglich in der bisherigen Weise als unmittelbarer Ausfluß römischer Rechtssätze nicht mehr fortgeführt werden konnte, sondern vielmehr als eine Anstalt moderner Natur[13]) und täglichen Gebrauchs der Aufnahme in den Kreis der statutarischen Gesetzgebung bedürftig und würdig erachtet werden mußte.[14]) Die ersten Erscheinungen

---

in L. 10. C. mandati. — Fulgosius in L. 3. C. ubi et apud quem cogn. — Jason in L. 7. C. de jur. et facti ign. num. 26.

12) Was in der Folge auch von den Theoretikern anerkannt worden ist, indem sie nachweisen, daß das Recht der paraten Exekution auch ex conventione partium durch ein pactum executivum erworben werden könne. Vgl. Ant. de Canario de exec. instrum. num. 68. Belegst. S. 157.

13) Salicetus in L. 10. C. mandati. num. 8. (Belegst. S. 124—125.): Sed dubitari potest de octavo insurgente ex quodam contractu moderno, puta si fideiussor est obligatus instrumento guarentigiae, hoc est instrumento eodem, quo se obligat et fatetur se debitorem esse, ... et notarius, qui est judex chartularius ex potestate sibi concessa a statuto, facit ipsi ... praeceptum de solvendo etc.

14) Paulus de Castro in L. 56. D. de re jud. (Belegst. S. 138—139.): Unde sicut praeceptum judicis factum in con-

dieser Art waren wohl durch das Bedürfniß hervorgerufen, das Ansehen der durch persönliche Verleihung mit der Würde des judex ordinarius bekleideten Notarien in der Ausübung ihrer quasirichterlichen Funktion zu schützen.[15]) Daneben aber bestand ein eben so dringendes Bedürfniß, auf dem Wege der Gesetzgebung Kontroversen zu beseitigen, welche um so früher und zahlreicher entstehen mußten, je gewisser es ist, daß man es unternommen hatte, sich mit der Anwendung an sich einfacher Grundsätze auf eine ganz fremdartige Materie durchzuhelfen. Daher finden wir denn von Guido de Suzaria an das Institut der guarentigiirten Urkunden als einen stehenden Artikel der italienischen Stadtrechte. Hierüber müssen wir uns freilich vor der Hand mit den zahlreichen Zeugnissen der Schriftsteller begnügen,[16]) da es für jene ältere Zeit, namentlich also für das XIII. Jahrhundert äußerst schwierig ist, unmittelbare Zeugnisse aus den Statuten selbst beizubringen. Denn als man zwei Jahrhunderte später anfangen konnte, einzelne Stadt-

---

fessum coram eo haberet executionem, ut l. si debitori supra de judi. cum ibi notatis, ita et tale praeceptum notarii. Communiter tamen statuta hoc disponunt tollendo dubium, quod posset esse, quia videtur hic debere intelligi de confessione facta coram judice administrationem habente, qualis non est notarius.

15) Paulus de Castro l. c. — Schon die Glosse unterschied sehr genau zwischen dem wirklichen Richteramte und dem Quasirichteramte des judex chartularius, welchem sie wohl die dignitas, nicht aber die administratio zugestand; gl. in L. 1. D. de jud. ad v. qui tribunali, — gl. in L. 3. C. ubi et ap. quem cogn. ad. v. non habent [sc. jurisdictionem]: „id est non cum administratione et imperio, ut sunt illi, qui a principe impetrant, ut sint ordinarii.“

16) Die Chrestom. v. Belegstellen gibt dergleichen Zeugnisse fast auf jeder Seite.

rechte durch den Druck zu verbreiten, hatten die alten Statuten schon so viele neuere, in der Zusammenstellung nicht ausgeschiedene Zusätze und Abänderungen, auch wohl gänzliche Umarbeitung, erlitten, daß es nicht möglich ist, den mitunter an ihrem Inhalte kenntlichen alten Bestandtheilen ein bestimmtes Zeitalter anzuweisen.[17]) Als eine seltene Ausnahme ist das Statut von Padua zu betrachten.[18])

Was nun das Verhältniß der Doktrin zu der eben bezeichneten neueren Form der Guarentigia betrifft, so hat man die Ableitung derselben aus Grundsätzen des römischen Rechts, als eigentliches Lebenselement, niemals, auch jetzt unter wesentlich veränderten Umständen nicht aufgegeben; vielmehr wußte man sich den Umständen mit vieler Leichtigkeit anzubequemen. Durch dieses Bestreben wurde die Theorie der Kommentatoren des römischen Rechts über die confessio in jure begreiflicher Weise noch weiter von der strengen Wahrheit abgeführt. An dem Grundsatze zwar hielt man fest: confessus in jure pro judicato est; aber wie man von Anfang her den Begriff der confessio in jure zu weit gefaßt und darunter überhaupt jedes gerichtliche Geständniß verstanden hatte, so übte sich jetzt die wunderthätige Dialektik der Interpreten an der Erweiterung des Begriffes gerichtlich. Man unterschied früher schon zwischen jus ordinarium und extraordinarium, jurisdictio or-

---

17) In den späteren Statuten, so viel ich deren gesehen habe, ist die ältere Form der exekutorischen Urkunden (per guarentigiam) meist schon verwischt; s. jedoch Statut von Perugia, (Belegst. S. 252—253.) und Statut von Pistoja (Belegst, S. 273.); vgl. auch Statut von Triest. Lib. II. rubr. 9 verb. praeceptis, (Belegst. S. 287.) und Statut von Ferrara. (Belegst. S. 290. a. E.)

18) Belegst. S. 190.

dinaria und extraordinaria: nun brachte man auch noch den Unterschied zwischen jurisdictio contentiosa und voluntaria ins Spiel; die Verhandlungen der letzteren, bei welchen dem Notar die Rolle des judex chartularius zufiel, zählte man zu dem jus extraordinarium [19]) und bequemte sich zu der Lehre, daß auch eine confessio per modum jurisdictionis voluntariae immerhin zu den gerichtlichen Geständnissen zu rechnen und demgemäß der Wirksamkeit der alten confessio in jure theilhaftig sey.[20]) So ernsthaft und zuversichtlich man diese theoretische Posse betrieb,[21]) so würde sie dauerhaften Bestand und Einfluß doch wohl kaum gewonnen haben, wenn es sich darum gehandelt hätte, mit diesen Argumenten ein neues Institut erst zu begründen. Jetzt aber, nachdem der äußere Bestand desselben durch statutarische Gesetzgebung schon vollständig gesichert war, ließ man sich auch die theoretische Rechtfertigung gern gefallen. Sie vererbte sich, nur selten und ohne allgemeinen und nachhaltenden Erfolg angefochten,[22]) von einer Generation

---

19) Denn vor dem Notarius und bei Gelegenheit eines Vertrags kam freilich Klagelibell und Litiscontestation nicht vor, was als charakteristisches Merkmal des jus extraordinarium und als Vorbedingung der exekutorischen Wirksamkeit der confessio von jeher gegolten hatte.

20) Vgl. Cinus in L. un. C. de confess. (mit Berufung auf Jacobus de Arena und Petrus de Bellapertica.) — Salicetus in L. un. C. de confess. num. 7. (Belegst. S. 122 ff.) — Ant. de Canario de exec. instr. num. 6—9. (Belegst. 145—147.) Siehe auch die Citate der nächstfolgenden Note.

21) Angelus in L. 5. D. re jud. verb. „cum ratio diversitatis reddi non possit." (Belegst. S. 117.) — Paulus de Castro in L. 56. D. de re jud. Belegst. S. 138. — Antonius de Canario l. c. num. 9. — Tartagnus in L. 5. D. de re jud. num. 9. (Belegst. S. 177.) Idem in L. 3. C. de edicto D. Hadr. toll. (Belegst. S. 178.) — Jason in L. 7. C. de juris et facti ign. num. 26. (Belegst. S. 184.)

22) Im Ganzen eigentlich niemals, wohl aber in einzelnen Folgerungen,

auf die andere, und leistete wenigstens dazu gute Dienste, die Lücken der Gesetzgebung durch den ununterbrochenen Zusammenhang mit bekannten Analogieen des römischen Rechts auszufüllen, der Praxis sowohl als der in zahlreichen Territorien zersplitterten Gesetzgebung eine gewisse Konsequenz und Gleichförmigkeit zu verschaffen.

§. 10.

Nachdem einmal die Gesetzgebung sich des Instituts bemächtigt hatte, konnte es nicht fehlen, daß bald auch die letzten Schritte gethan wurden, welche noch übrig waren, um demselben die möglichste Ausdehnung zu geben.

Schon in der ersten Hälfte des XIV. Jahrhunderts [1]) war daher das Recht der paraten Exekution in vielen und im Laufe des XV. Jahrhunderts in den meisten Statuten auf alle öffentlichen Urkunden, auch wenn sie die Guarentigia nicht enthielten, ausgedehnt worden. [2])

---

welche man aus der Gleichstellung der guarentigia mit der ächten confessio in jure zog; z. B. hinsichtlich der Frage, ob gegen ein instr. guarentigiatum die exc. non num. pec. zuläßig sey; s. Cinus ad L. 14. C. de n. num. pec. Belegst. S. 92.

1) Vielleicht auch schon früher, wenigstens in einzelnen Ausnahmen; als Beispiel könnte das Statut von Gubbio gelten, dessen in Num. 33. des Traktats von Guido de Suzaria Erwähnung geschieht, wenn man mit voller Gewißheit annehmen dürfte, daß dort der wörtliche Inhalt des Statuts referirt wird.

2) Bartolus in L 22. D. si cert. pet. Belegst. S. 97. — Idem in L. 25. D. ad l. Aquil. — Idem in L. 1. D. quod vi aut clam. num. 3. Belegst. S. 101. — Baldus in L. 2. C. de exec. rei jud. Belegst. S. 113. — Angelus in L. 5. D. de re jud. Belegst. S. 116. — Idem in L. 95. D. de V. O. Belegst. S. 120. — Ludovicus Pontanus cons. 133. Belegst. S. 130. — Antonius de Canario de exec.

Hiermit war freilich auch der letzte Schein des Festhaltens an den bisherigen Grundlagen aus der römischen Theorie der confessio in jure aufgegeben und selbst die Juristen, welche den bisherigen Abwegen mit ihrer Doktrin willig gefolgt waren, erkennen dieses an.[3]) Man unterschied daher zwischen nichtguarentigiirten öffentlichen Urkunden, deren exekutorische Wirksamkeit nur als ein Ausfluß der statutarischen, vom gemeinen Rechte abweichenden Gesetzgebung anerkannt wurde, und zwischen wirklich guarentigiirten Urkunden, indem man bei letzteren die Mittel, durch welche die exekutorische Wirksamkeit derselben erzielt wurde, als gut römisch und nur den Einfall, sich dieser Mittel zu solchem Zwecke zu bedienen, als partikularrechtlich gelten ließ.

Dennoch lag auch diese abermalige Erweiterung des Rechts der paraten Exekution in der That nahe genug. Es war ja die Guarentigia selbst seit Ausschließung des ordent-

---

instr. num. 1. 5. 8. — Tartagnus Cons. vol. I. cons. 82. Belegst. S. 229; — vol. II. cons. 188. Belegst. S. 180. — Statuten: von Neapel vom J. 1307, Belegst. S. 201; — von Ancona v. J. 1357, Belegst. S. 210; — von Mailand v. J. 1398 und 1502, Belegst. S. 217 Note 3, S. 218; — von Tivoli um's J. 1400, Belegst. S. 221; — von Genua v. J. 1414, Belegst. S. 227; — von Rom um's Jahr 1470, Belegst. 243; — von Sezza v. J. 1520, Belegst. S. 248, 249; — von Lucca v. J. 1539, Belegst. S. 263; — von Pistoja v. J. 1544, Belegst. S. 274 verb. etiam guarentigiam non continentes; — von Velletri v. J. 1544, Belegst. S. 280; — von Cori v. J. 1547, Belegst. S. 285; — von Triest v. J. 1550, Belegst. S. 287.

3) Angelus in L. 5. D. re jud. Belegst. S. 116. — Ant. de Canario de execut. instr. num. 8, 9. Belegst. S. 146; — vgl. mit num. 17. Belegst. S. 150. — Allgemein ist man darüber zu allen Zeiten einverstanden gewesen, daß instrumenta publica an sich und nach gemeinem Rechte ein jus paratae executionis nicht begründen.

lichen Richters längst zu einer blosen Vertragsklausel[4]) (clausula executiva), zu einer jener clausulae generales herabgesunken, welche in keinem irgend feierlichen Instrumente fehlen durften, dergestalt, daß selbst die Frage entstehen konnte, ob nicht der Gläubiger, welcher berechtigt ist, seinen Schuldner zur Ausstellung einer Schuldurkunde zu zwingen, zugleich berechtigt sey, die Einverleibung der clausula guarentigiae auch ohne Zustimmung des Schuldners zu verlangen.[5]) War demnach der Gebrauch der clausula guarentigiae so allgemein geworden, daß man gewohnt war, sie in allen Notariatsinstrumenten[6]) zu finden, daß man nicht gewohnt war, eine öffentliche Urkunde zu sehen, welche nicht zugleich exekutorisch gewesen wäre,[7]) so konnte es kaum als eine wesentliche Neuerung erscheinen, wenn man öffentliche Urkunden überhaupt für exekutorisch erklärte, wenn man ein für allemal durch das Gesetz statuirte, was die Kontrahenten in jedem einzelnen Falle durch eine gedankenlose Formel constituirten.[8])

---

4) Paulus de Castro in L. 56. D. de re jud. num. 3. Belegst. S. 138. — Pontanus cons. 133. num. 1. Belegst. S. 131.

5) Bened. de Barzis de guarentigia P. I. qu. 5. Belegst. S. 171.

6) Und das waren ja die öffentlichen Urkunden jener Zeit.

7) Petr. de Unzola de judiciis. Belegst. S. 71. — Butrigarius in L. 3. C. ubi et ap. quem cogn. Belegst. S. 84. — Bartolus in L. 1. D. judicatum solvi. Belegst. S. 98. — Baldus in L. 5. C. de exec. rei jud. num. 3. Belegst. S. 109. — Fulgosius in L. 13. C. fam. hercisc. Belegst. S. 128. — Bened. de Barzis l. c. —

8) Dieß läßt sich freilich nur unter solchen Voraussetzungen und nur dem dadurch bedingten gewöhnlichen Erfolge nach als gleichgültig denken. An sich bleibt es aber immer eine nicht zu billigende gesetzgeberische Gewaltthätigkeit, wenn man das Recht der paraten Exekution und die damit unzertrennlich verbundene Beschränkung der Rechtsvertheidigung für die eine Partei in solcher Ausdehnung gelten läßt, daß die freie Uebereinkunft der Parteien zur Erwerbung

Dieß mochte um so unbedenklicher scheinen, da die Notarien doch fortfuhren, von der clausula guarentigiae selbst da, wo sie jetzt gesetzlich überflüssig geworden war, nach wie vor fleißigen Gebrauch zu machen, wie dieß die noch im XV. und XVI. Jahrhundert üblichen Formelbücher nebst vielen anderen Zeugnissen beweisen. Diese Voraussetzung hatte man wohl auch, — wenigstens Anfangs, — im Auge. Uebrigens war doch selbst bei einfachen, mit keiner Exekutivklausel versehenen, Urkunden immerhin etwas von den früheren Grundlagen der Exequibilität übrig geblieben, eine Art von confessio nehmlich,[9] wie sie wohl beinahe in keinem Vertrage fehlen wird[10]) und wenigstens in Schuldscheinen immer zu finden ist;[11]) instrumenta confessionata in einem weiteren Sinne, als dem oben (§. 6 a. A.) angegebenen, konnte man daher auch diese

dieses Rechts überflüssig gemacht, ja sogar in der entgegengesetzten Richtung ausgeschlossen wird. Von da an beginnt auch der Verfall des Instituts der exekutorischen Urkunden.

9) S. Statut v. Sezza verb. seu ex quacunque confessione, Belegst. S. 249; — s. auch die Citate in Note 12. unten.

10) Wo sie nicht vorhanden ist, da kann die Frage, ob parate Exekution zuläßig sey, eben schon darum nicht entstehen, weil es in diesem Falle an einem zur Exekution qualificirten Liquidum überhaupt fehlt.

11) Dazu kommen noch manche andere Klauseln, welche man in allen Instrumenten, auch in den nichtguarentigiirten, stets vorfindet, und deren Wirksamkeit, wenn man ihnen eine solche nicht ganz absprechen wollte, kaum eine andere seyn konnte, als die der paraten Exekution: z. B. die Verzichtleistung auf jede Rechtsvertheidigung, auf alle Einreden im Allgemeinen und auf die gangbarsten Einreden und Rechtswohlthaten insbesondere, die Verzichtleistung auf alle anderen Beweismittel über die Vertragserfüllung außer schriftlichen Quittungen in öffentlicher Ausfertigung, die Bestellung von Hypothekenrechten mit beigefügtem pactum de ingredienda possessione propria auctoritate; s. Rolandinus, Belegst. S. 62—64, und Durantis, Belegst. S. 77, 78; — vgl. auch Statut von Vicenza, Belegst. S. 237.

einfachen Urkunden nennen, deren exekutorische Wirksamkeit zunächst nur auf ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen beruhte.[12])

Ueberhaupt aber war man in dem Gebrauche der Ausdrücke vom XV. Jahrhundert an gar nicht mehr sehr genau. Es waren zu allen Zeiten, und auch da noch, als die statutarische Uebertragung des Rechts der paraten Exekution auf alle öffentlichen Urkunden bereits weit um sich gegriffen hatte, nichts desto weniger auch die älteren instrumenta guarentigiae, so wie die noch älteren instrumenta confessionata (im engeren Sinne) nebenbei im Gebrauch geblieben; alle diese Urkunden verschiedener Arten waren exekutorisch: so nannte man denn alle exekutorischen Urkunden, gleichviel zu welcher der drei Arten sie gehörten, bald instrumenta confessionata, bald instrumenta guarentigiata.[13]) Und in diesem Sinne wollen auch wir weiterhin unter guarentigiirten Urkunden ohne näher bestimmenden Zusatz nichts Anderes, als exekutorische Urkunden überhaupt verstanden haben.

§. 11.

Privaturkunden mit exekutorischer Wirksamkeit waren natürlich gar nicht denkbar, so lange die Exequibilität von einer vor dem judex (ordinarius oder chartularius) abzule-

---

12) Salicetus in L. 10. C. mandati. Belegst. S. 124, 125. — Paulus de Castro in L. 71. D. de cond. et demonstr. num. 3. Belegst. S. 137. — Ant. de Canario num. 8. Belegst. S. 146; — idem num. 72. Tract. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 281 b.

13) Fulgosius in L. un. C. de confessis; idem in L. 13. C. fam. herc. Belegst. S. 127, 128. — Paulus de Castro in L. 56. D. de re jud. num. 3. Belegst. S. 138. — Bened. de Barzis P. I. qu. 1. in f. Belegst. S. 170.

genden confessio und dem darauf zu erlassenden praeceptum judicis de solvendo abhängig blieb. Denn so weit: daß Einer sein eigener Richter seyn und sich selbst einen richterlichen Befehl ertheilen könne, durfte sich die Kunst der Fiktion natürlich doch nicht versteigen.[1]) Nachdem man aber das Erforderniß des praeceptum guarentigiae aufgegeben hatte, nachdem man sich mehr und mehr bewußt worden war, daß das Recht der paraten Exekution doch eigentlich nur auf der Uebereinkunft der Parteien beruhe und jedenfalls per pactum contrahentium bestellt werden könne,[2]) so mußte man von selbst darauf kommen, die Bestellung dieses Rechts auch in Privaturkunden zuzulassen,[3]) soweit dieselben überhaupt zur Erwerbung vertragsmäßiger Rechte für genügend erachtet wurden. In dieser Beziehung bestanden indessen mancherlei

---

1) Einen Versuch dieser Art enthält die hie und da auch in Italien vorkommende Exekutivklausel, vermöge welcher der sich Verpflichtende das fingirte Geständniß ablegte, es sey gegen ihn ein rechtskräftiges Erkenntniß erlassen worden; s. Statut von Triest Lib. II. rubr. 9. in f. Belegst. S. 288. — In Italien erlangte jedoch diese Klausel wenig Ansehen.

2) Cinus in L. 14. C. de exc. n. num. pec. Belegst. S. 92. — Bartolus in L. creditores (3.) C. de pignorib. (8, 14.) Num. 22: Item ex isto pacto (de ingrediendo) oritur quoddam jus, quod est executivum praecedentis obligationis. Baldus in L. 3. C. de pign. et hyp. num. 9. Belegst. S. 110. — Salicetus in L. un. C. de confess. num. 7. in f. Belegst. S. 123; — idem in L. 10. C. Mandati num. 8. verb. contractu moderno etc. Belegst. 124. — Paul. de Castro in L. 71. D. de condit. et demonstr. num. 3. Belegst. S. 138. — Ant. de Canario num. 68. Belegst. S. 157, 158. — Bened. de Barzis P. I. qu. 1. in f. Belegst. S. 170. — Scaccia de judiciis Lib. I. cap. 62. num. 23. Ed. Frcf. 1669. pag. 169.

3) Ohne Zweifel galt auch bei Privaturkunden Anfangs die Voraussetzung, daß das zu exequirende Dokument das pactum paratae executionis oder irgend eine andere Exekutivklausel enthalte.

statutarrechtliche Beschränkungen; auch waren die in vielen Punkten confusen Ansichten der Theoretiker über die Wirksamkeit außergerichtlicher Geständnisse und über die Beweiskraft gemeiner Privaturkunden einer Ausdehnung des Rechts der paraten Exekution auf Privaturkunden nicht günstig; endlich war es überhaupt in früheren Zeiten so allgemeine Sitte, sich des Notariats zu bedienen, der Gebrauch gemeiner Privaturkunden war so selten, daß schon deßhalb die Frage, ob auch aus einer Privaturkunde parate Exekution stattfinden könne, erst später entstehen konnte, als außerdem zu erwarten gewesen wäre.[4]) Früher als im XV. Jahrhundert wird man daher kaum einen irgend frequenten Gebrauch exekutorischer Privaturkunden nachweisen können.[5]) Als die Gewohnheit überhand genommen hatte, alle öffentlichen Urkunden ohne Rücksicht auf parteiliche Konvention durch statutarrechtliche Disposition des Rechts der paraten Exekution theilhaftig zu machen, konnte man in gleicher Weise auch mit Privaturkunden verfahren. Der Uebergang von öffentlichen zu gemeinen Privaturkunden war wahrscheinlich durch die instrumenta authentica vermittelt worden,[6]) welche ja auch in anderen Beziehungen den instrumentis publicis gleich gestellt waren. Hiernächst gab es noch andere Privaturkunden, welchen statutarrechtlich die Glaubwürdigkeit öffentlicher Urkunden beigelegt

---

4) Der Natur der Sache nach hätten Privaturkunden, welche das pactum executivum enthielten, viel eher verdient, für exekutorische Urkunden anerkannt und gebraucht zu werden, als öffentliche Urkunden ohne ein solches pactum und ohne das eigentliche praeceptum guarentigiae.

5) In Florenz jedoch schon um die Mitte des XIV. Jahrhunderts; s. Angelus in L. 95. D. de V. O. Belegst. S. 120 a. E.

6) Vgl. Statut von Vicenza. Belegst. S. 237.

war, z. B. die der Kaufleute und Wechsler.[7]) Durch den Handels- und Wechselverkehr mußte der Gebrauch exekutorischer Privaturkunden auch unter anderen Privatleuten bald bekannt werden.

Die Doktrin hat sich niemals herzhaft mit der Rechtfertigung dieses Gebrauchs abgegeben, dessen Ausbreitung vielmehr durch statutarische Gesetzgebung[8]) und Praxis, noch mehr aber wohl durch das Beispiel der geistlichen Gerichte[9]) bewirkt worden ist.

Insofern übrigens der wirklichen Vollstreckung einer exekutorischen Privaturkunde regelmäßig die Rekognition derselben, das Zugeständniß ihrer Aechtheit, vorangehen mußte,[10]) womit von selbst auch die Wahrheit ihres Inhaltes zugestanden erschien, ließ sich auch hier das Vorhandenseyn einer confessio, und zwar, da sie coram judice ordinario per modum juris-

---

7) Vgl. Statut von Genua (Belegst. S. 227.): Et habeat locum praesens capitulum in instrumentis cambiorum etc.

8) Statut von Ancona v. 1. Januar 1450. Belegst. S. 213. — Statut von Mailand vom J. 1502. Belegst. S. 218. — Statut v. Tivoli um's J. 1400. Lib. II. Cap. VI. in f. Belegst. S. 222. — Statut von Genua v. J. 1589. Belegst. S. 230. verb. Quando de aliquo etc. — Statut von Rom um's J. 1464. Lib. I. cap. 76. Belegst. S. 245. — Statut von Triest vom J. 1550, Lib. II. rubr. 9. Belegst. S. 287.

9) Vgl. u. Kap. III.

10) Angelus l. c. (Belegst. S. 120): „scriptura privata recognita“; — Statut von Ancona (Belegst. S. 213): „facta tamen recognitione prius“, — von Tivoli (Belegst. S. 222): „dummodo fuerit prius debitor citatus ad recognitionem apodisae, si scripta vel subscripta fuerit manu sua, de qua judici liqueat vel per confessionem debitoris etc.“ — Statut von Genua Lib. II. Cap. 14. Belegst. S. 234.

dictionis contentiosae erfolgte, mit viel besserem Grunde, als bei öffentlichen Urkunden,[11]) behaupten.

§. 12.

Werfen wir nun einen Blick auf die bisherige Darstellung zurück, so läßt sich der ganze Verlauf der Entstehung und Ausbreitung des Instituts der exekutorischen Urkunden mit Rücksicht auf bestimmte Zeitabschnitte etwa in folgender Weise kurz zusammenfassen:

im XII. Jahrhundert zeigt sich zuerst als bloses Gewohnheitsrecht der Gebrauch der instrumenta confessionata im engeren Sinne, basirt auf die Simulation eines wirklichen Rechtsstreits vor dem ordentlichen Richter;

im XIII. Jahrhundert kommen hinzu instrumenta guarentigiata im engeren Sinne und instrumenta confessionata im weiteren Sinne, basirt auf die statutarrechtliche Substituirung des Notariats an die Stelle des ordentlichen Richters, — Aufnahme des Instituts in die Statuten;

im XIV. Jahrhundert instrumenta publica paratam executionem habentia ex nuda dispositione statutorum, — daneben rein vertragsmäßige Bestellung des Rechts der paraten Exekution durch Exekutivklauseln;

im XV. Jahrhundert scripturae privatae paratam executionem habentes.

Die örtliche Verbreitung des Instituts, von Toskana ausgehend, war schon im XIV. Jahrhundert über ganz Italien ausgedehnt.

Im XV. Jahrhundert nun bestanden alle aufgezählten Arten von exekutorischen Urkunden nebeneinander, in den ver-

11) Bei welchen, wenigstens in früheren Zeiten, ein eigentliches Rekognitionsverfahren in der Regel nicht vorkam.

schiedenen Territorien Italiens bald die eine, bald die andere vorherrschend, so aber, daß die Gewohnheit, den Vertragsurkunden irgend eine Exekutivklausel einzuverleiben, nichts desto weniger zu allen Zeiten in großer Allgemeinheit durch die Praxis erhalten wurde.

§. 13.

In genauem Zusammenhange mit den bisher entwickelten Bedingungen des Entstehens guarentigiirter Urkunden steht auch die Geschichte der allmählichen Ausbildung der eigenthümlichen Normen des Verfahrens aus dergleichen Urkunden, oder des eigentlichen Exekutivprozesses. Indem wir hiezu übergehen, sind vorerst einige allgemeine Gesichtspunkte fest zu stellen.

Schon oben ist angedeutet und durch die bisherige Darstellung hinreichend bekräftigt worden, wie die Grundlage des Instituts der exekutorischen Urkunden zunächst dem materiellen Civilrechte, nicht aber dem Prozeßrechte angehört, insofern dasselbe nehmlich auf der Bestellung eines *besonderen* zu dem Hauptgeschäfte hinzukommenden *Rechts*, nicht auf der Anwendung besonderer *Prozeßformen* für die Geltendmachung des Rechts auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit beruht; es ist gezeigt worden, daß jenes accessorische Recht kein anderes ist, als das den guarentigiirten Urkunden anklebende Recht der paraten Exekution.

Indessen sind die Eigenthümlichkeiten dieses Rechts einmal in Beziehung auf die Mittel, mit welchen dasselbe zu Stande gebracht wurde, dann in Beziehung auf den Inhalt und Gegenstand desselben, endlich in Beziehung auf die demselben zukommende Wirksamkeit von der Art, daß sich daraus nothwendig auch Eigenthümlichkeiten der Voraussetzungen und

Normen, nach welchen dasselbe vor Gericht geltend zu machen ist, ergeben mußten.

In der ersten Beziehung nehmlich war die nächste Folge der Anknüpfung des ganzen Instituts an die Bedingungen der confessio in jure nothwendig die, daß durch die sich über die Hauptverbindlichkeit erstreckende confessio, obgleich sie nur als Mittel zur Erwerbung des Rechts der paraten Exekution dienen sollte, zugleich fast unwillkührlich die Gleichstellung der Wirksamkeit des vertragsmäßigen Anspruchs auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit mit der Wirksamkeit förmlicher Wahrheit hervorgebracht wurde. Da nun aber die eigentlichste Aufgabe eines jeden Rechtsstreits gerade in dem Finden der streitigen, nicht in dem Voraussetzen einer unbestreitbaren Wahrheit besteht, so folgt von selbst, daß aus exekutorischen Urkunden, streng genommen, gar kein Prozeß stattfinden kann. Diese strenge Ansicht charakterisirt die erste Periode unserer Geschichte.

Insofern aber die Geltendmachung des Rechts der paraten Exekution doch immerhin von der rechtmäßigen Erwerbung desselben, diese selbst aber von dem Vorhandenseyn gewisser positiver Erfodernisse abhängig war, mußte der wirklichen Exekution eine richterliche Kognition doch wenigstens darüber vorangehen, ob sich in der Urkunde, deren Exekution verlangt wird, jene Erforderniße wirklich vorfinden. Durch den Streit und die richterliche Entscheidung über die Exequibilität war also ein wirklicher Prozeß dennoch gegeben, wenn gleich beschränkt auf einen Gegenstand, durch welchen er sich wesentlich vom gewöhnlichen Prozesse unterscheidet. Gegenstand des Exekutivprozesses ist nehmlich ausschließlich die exekutive Beitreibung der in einer guarentigiirten Urkunde versprochenen Leistung, ohne Rücksicht darauf, ob die Verpflichtung zu dieser

Leistung rechtlich wirklich besteht, während der gewöhnliche Prozeß zunächst gerade auf die richterliche Anerkennung dieser Verpflichtung, auf den Ausspruch der Schuld des Beklagten in der Hauptsache gerichtet ist und nur mittelbar zur Exekution führt.

Diese Beschränkung im Streitgegenstande ist für die Prozeßrechte der Parteien wichtig. Denn eben deßhalb, weil der Streit auf die Frage über die Exequibilität, d. h. über die rechtliche Existenz der Verpflichtung zur Duldung der Exekution für eine gewisse Leistung, beschränkt ist, muß auch die Rechtsvertheidigung des Beklagten in diesem Prozesse einer gleichen Beschränkung unterworfen seyn; und eben deßhalb, weil sich der Streit um die rechtliche Existenz der versprochenen Leistung selbst gar nicht dreht, kann durch die Entscheidung dieses Streits kein Rechtsmittel des Beklagten, welches zur Bestreitung der rechtlichen Existenz der Hauptverbindlichkeit dient, beeinträchtigt werden.

Dagegen liegt in dieser Beschränkung des Streits auf einen bestimmten Gegenstand eine innere Nothwendigkeit besonderer Prozeßformen keineswegs, so wenig, als z. B. in der Beschränkung eines possessorischen Streites auf die Besitzfrage. Daher konnte das exekutorische Recht der guarentigiirten Urkunden zu allen Zeiten mittels einer actio in factum im ordentlichen Prozesse geltend gemacht werden. Daß dieses aber nicht nothwendig geschehen m u ß t e, beruht eben auf der den guarentigiirten Urkunden eigenthümlichen Wirksamkeit p a r a t e r Exekution, bedingt durch die Gleichstellung mit der exekutorischen Wirksamkeit rechtskräftiger Erkenntnisse.

Auch die exekutorische Wirksamkeit eines rechtskräftigen Erkenntnisses nehmlich war verschieden, jenachdem man die Vollstreckung durch Anstellung einer förmlichen Klage, actio judicati, oder durch einfaches Anrufen der vollstreckenden Ge-

walt des Gerichtes, imploratio officii judicis, nachsuchte.[1]) Im ersten Falle entstand ein förmlicher Prozeß; im zweiten Falle wurde sofort das wirkliche Exekutionsverfahren durch Verfügung faktischen Einschreitens eingeleitet, parata executio. In beiden Fällen konnte die Exequibilität des Erkenntnisses, dessen Vollstreckung nachgesucht wird, streitig werden. Im ersten Falle nun wurde dieser Streit förmlich verhandelt. Im Falle der paraten Exekution aber konnten Verhandlungen über die Exequibilität nur nebenbei vorkommen, ohne daß der Lauf des eingeleiteten Exekutionsverfahrens wesentlich gestört werden durfte; letzteres blieb immer die Hauptsache und der Streit über die Exequibilität mußte sich daher, was die Prozeßform betrifft, nach den Normen und Stadien des Exekutionsverfahrens richten.

Da nun dieses Recht der paraten Exekution gerade das eigenthümliche Vorrecht der guarentigiirten Urkunden ist, so ergibt sich, daß die Form des Verfahrens aus guarentigiirten Urkunden keine andere ist, als die Form des gemeinen Exekutionsverfahrens.

In diesem Sinne haben die Italiener auch die Bedeutung des Ausdruckes Exekutivprozeß stets genommen. Wie schon der klare Wortsinn keinen Unterschied zwischen Exekutivprozeß und Exekutionsprozeß zuläßt, so verstanden sie in der That unter Exekutivprozeß regelmäßig nichts Anderes als Exekutionsverfahren; proceditur executive: es wird mit der Exekution verfahren. Ja das Verfahren aus guarentigiirten Urkunden konnte eben nur deßhalb Exekutivprozeß genannt werden, weil es kein anderes war, als das gemeine Exekutionsverfah-

---

1) Vgl. Durantis Spec. Lib. II. part. III. rub. de exec. sent. Belegst. S. 81.

ren, welches auch aus rechtskräftigen Erkenntnissen stattfand. Ebendeßhalb kommt der Ausdruck selten in besonderer, und nie in ausschließlicher Beziehung auf das Verfahren aus guarentigiirten Urkunden vor.[2])

Völlig fremd aber war den Italienern die heut zu Tage so geläufig gewordene Vorstellung von dem Begriffe des Exekutivprozesses als einer bestimmt summarischen Prozeßart.[3])

Summarisch war das Verfahren aus guarentigiirten Urkunden allerdings, aber nur insofern, als jedes judicium executivum summarisch war;[4]) es war auch außerordentlich, aber nur insofern, als es extra ordinem juris geschieht, aus einer Vertragsurkunde ohne Kognition der Hauptsache sofort mit der Exekution zu verfahren.[5]) In diesem Sinne ist es zu

---

2) Vgl. Angelus in L. 15. D. de re jud. Belegst. S. 117. — Paulus de Castro in L. 1. D. de his quae in test. del. Belegst. S. 139. — Ant. de Canario num. 34. Belegst. S. 155. — Bened. de Barzis P. I. qu. 8. Belegst. S. 171 ff. — Tartagnus Consil. vol. I. cons. 82. Belegst. S. 180. — Maranta de ord. judic. P. IV. dist. IX. num. 175. 176. — Scaccia de jud. Lib. I. cap. LXII. pr. et num. 12. — Statut von Rom, Belegst. S. 245. — Statut von Genua, Lib. I. cap. 26, Belegst. S. 228—229.

3) Ueberhaupt ist die Eintheilung des summarischen Prozesses in bestimmten und unbestimmten eine Erfindung der deutschen Juristen, — um deren Ehre sie eben nicht zu beneiden sind.

4) Maranta l. c. „Decimo tertio dicitur summaria causa executiva, puta si sumus in executione sententiae . . .; idem est in executionibus instrumentorum . . .; et ex hoc infero idem esse, quando praesentatur instrumentum secundum formam ritus magnae curiae in regno; (s. Statut v. Neapel in den Belegst. S. 202 ff.): nam talis causa dicitur summaria, ex quo est executiva . . .; et talis causa appellatur extraordinaria, quia fit extra ordinem juris.“

5) Baldus in L. 1. C. ne fil. pro patre. Belegst. S. 111. — Maranta l. c. in f.

verstehen, wenn es häufig blos heißt, daß aus guarentigiirten Urkunden summarie, sine strepitu et figura judicii, *) simpliciter et de plano zu verfahren sey, indem man nehmlich zu suppliren hat: mit der Exekution.

Unter Exekutivprozeß im engeren, auf das eigenthümliche Verfahren aus exekutorischen Vertragsurkunden beschränkten Sinne haben wir also zu verstehen: das auf die schleunige exekutive Beitreibung (parata executio) der in einer guarentigiirten Urkunde versprochenen Leistung gerichtete Verfahren. [6])

§. 14.

Es ist nun leicht, den Einfluß der so eben angegebenen allgemeinen Grundsätze auf die allmähliche Entwickelung der Eigenthümlichkeiten des Exekutivprozesses im Einzelnen nachzuweisen.

[*) Die Erklärung, welche Hüllmann (Städtewesen III. S. 276. 278.) von der Redensart: sine figura judicii gibt, indem er unter figura die auf das Gerichtswappen gemalte Figur versteht, ist gewiß falsch. Die Redensart heißt nichts Anderes als: ohne förmliches Gerichtsverfahren, und ist aus den Justinianschen Rechtsquellen (cf. L. un. §. 10 C. de latina lib. toll.) in das canonische Recht (cap. 20. de haeret. in VIto; — Cl. 2. de V. S.) und in die Stadtrechte übergegangen, wo sie namentlich seit der bekannten Cl. 2. de V. S. unter den Bestimmungen über das schleunige unfeierliche Verfahren stereotyp geworden ist. Gegen Hüllmann's Erklärungsversuch ist schon das entscheidend, daß keine Spur davon bei den gleichzeitigen Juristen zu entdecken ist, wiewohl sie sich mit Erörterungen über den fraglichen Ausdruck alles Ernstes beschäftigen und die Thatsache, aus welcher Hüllmann seine Erklärung ableitet, nothwendig kennen mußten.]

6) Zum Exekutivprozeß rechnen wir daher nicht das Verfahren aus exekutorischen Urkunden mittels der „actio in factum, quae oritur ex confessione." Zwar ist auch der Gegenstand dieser Klage eine causa executiva; aber das Verfahren ist kein processus executivus.

Wir werden zuerst die Erfodernisse des Exekutivprozesses, dann das Vertheidigungsrecht des Beklagten, und endlich die Hauptbestandtheile des Verfahrens betrachten.

Was nun zuvörderst die Erfodernisse des Exekutivprozesses betrifft, so konnte derselbe zu allen Zeiten nur aus schriftlichen Urkunden angestellt werden;[1]) nicht wegen der unmittelbaren Schleunigkeit des Beweises, welche diesem Beweismittel anklebt, sondern, eingedenk des historischen Ursprungs, deßwegen, weil das praeceptum guarentigiae, als eine species sententiae[2]) nicht anders als schriftlich erlassen werden kann, so wie denn überhaupt das Amt des Notars, dem in seiner Eigenschaft als judex chartularius die Erlassung der praecepta guarentigiae oblag, gerade ausschließlich in der Errichtung schriftlicher Urkunden besteht.[3])

Eben deßhalb genügte es aber auch, wenn nur der Hauptpunkt, auf welchen es hier ankommt, nehmlich die Verpflich-

---

1) Daher ist in den Belegstellen überall nur von der parata executio instrumentorum vel scripturarum die Rede. Vgl. Baldus in L. 2. C. de exec. rei jud. num. 7. et 9. Belegst. S. 113, 114. — Ludov. Pontanus cons. 42. num. 3. Belegst. S. 169. — Paul. de Castro in L. 1. §. 3. D. de his quae in test. del. num. 4. (Belegst. S. 139): „si perditum instrumentum, non habebit locum via executiva, sed est necesse agere ordinarie et probare per testes." — Bened. de Barzis P. I. qu. 1. Belegst. S. 169. — Statut von Neapel de praeambulis in f. Belegst. S. 206. — Statut von Ancona Lib. V. cap. III. Belegst. S. 210.

2) Rolandinus de processu contra reum confessum. Belegst. S. 64 a. E. — Boaterius ad Roland. Belegst. S. 74 num. 3. — Durantis Lib. II. part. III. rub. de sententia. Belegst. S. 79. — Jo. Andreae ad h. l. u. A. m.

3) Vgl. Ant. de Canario num. 82. Belegst. S. 160, 161. — Bened. de Barzis P. I. qu. 1. Belegst. S. 169.

tung zur paraten Exekution, durch eine schriftliche Urkunde nachgewiesen war; Nebenpunkte, welche gleichwohl nicht selten vom Kläger vorerst zu berichtigen waren, um das an sich unzweifelhafte Recht der paraten Exekution im gegebenen Falle wirksam zu machen, konnten durch Zeugen und andere Beweismittel erwiesen werden.[4])

Inwiefern die exekutorische Wirksamkeit häufig von der besonderen Beschaffenheit der Urkunde abhängig war, haben wir oben gesehen. Wo demnach das Recht der paraten Exekution nicht durch statutarrechtliche Bestimmungen allen gemeinen Vertragsurkunden ausdrücklich eingeräumt war, da mußte die zu exequirende Urkunde irgend eine der üblichen Exekutivklauseln, also wenigstens ein einfaches pactum executivum enthalten. Die längste Zeit hindurch war aber die eigentliche clausula guarentigiae im allgemeinsten Gebrauche: in der Regel also mußte die Urkunde, aus welcher der Exekutivprozeß angestellt werden wollte, das bekannte praeceptum notarii in confessum enthalten, wobei es zugleich darauf ankam, daß die besondere Eigenschaft des Notars als judex ordinarius bekannt war oder nachgewiesen wurde.[5])

Da das Recht der paraten Exekution aus guarentigiirten Urkunden auf ausdrücklicher oder stillschweigender[6]) Parteiüber-

---

4) Z. B. Berichtigung der Aktiv- und Passiv-Legitimation zur Sache; vgl. Statut von Ancona, Belegst. S. 211 a. E.; — nicht minder selbst die Herstellung der Liquidität; Baldus in L. 2. C. de exec. rei jud. num. 6. Belegst. S. 113. Vgl. unten Note 11. und Note 13.

5) Baldus in L. 4. C. de adopt. num. 1. Belegst. S. 108. — Angelus in L. 24. D. de testam. mil. num. 2. Belegst. S. 121. — Bened. de Barzis P. I. qu. 1. Belegst. S. 169.

6) Diese ist namentlich da, wo durch Lokalgesetze das Recht der paraten Exekution allen oder gewissen Klassen von schriftlichen Urkunden eingeräumt ist, schon dadurch gegeben, daß die Parteien überhaupt einen schriftlichen Vertrag eingehen.

einkunft beruht,[7]) so qualifiziren sich auch nur Vertrags-urkunden zum Exekutivprozeß.[8]) Dagegen kann aber auch jede vertragsmäßige, nicht an sich ungültige Verpflichtung, von welcher Art sie auch sey, Gegenstand des Exekutivprozesses seyn: sie braucht keineswegs auf eine Leistung in Geld oder anderen fungiblen Sachen gerichtet zu seyn.[9]) Entscheidend ist hier nur die Möglichkeit der Exekution und diese ist bekanntlich nicht auf Geldleistungen und dergleichen beschränkt. Aus einem Kaufvertrage konnte daher, wenn sich beide Theile exekutorisch verpflichtet hatten, ebensowohl auf Tradition des Kaufobjekts, als auf Zahlung des Kaufpreißes im Exekutivprozeß geklagt werden.[10]) Ja selbst ein dem Betrage nach unbestimmtes damnum et interesse konnte Gegenstand eines exekutorischen Vertrags, folglich auch des Exekutivprozesses seyn,

---

7) Vgl. Guido de Suzaria num. 45. Belegst. S. 51. — Salicetus in L. 10 C. mandati. num. 8. in f. Belegst. S. 125. — Bened. de Barzis P. I. qu. 1. in f. Belegst. S. 170.

8) Insofern eben unter Exekutivprozeß in dem hier entscheidenden engeren Sinne nichts Anderes verstanden wird, als das exekutive Verfahren aus guarentigiirten Urkunden. — Wenn daher von den italienischen Juristen auch in manchen anderen Fällen (z. B. im Falle der Besitzklage ex L. ult. C. de edicto D. Hadr. toll.) ein jus paratae executionis angenommen wird, so gehören diese Fälle doch nicht hierher.

9) Guido de Suzaria num. 33. Belegst. S. 46. — Ant. de Canario num. 89. Belegst. S. 164. — Statut von Padua vom J. 1258, Belegst. S. 192 u. 193. — Statut von Perugia, Belegst. S. 254. — Stat. v. Lucca, Belegst. S. 263 u. 264. — Stat. v. Pistoja, Belegst. S. 273. — Stat. v. Velletri II, 15, Belegst. S. 280. — Formul. contractuum secundum stilum potissime Florentinum. Flor. 1577. pag. 55. 58. 60. 68. 139. 150. 153. 163. u. öfter. — Ausnahmen bilden das Statut von Genua vom J. 1498. (Belegst. S. 227, 228.) und das Statut von Cori, Belegst. S. 285.

10) Ant. de Canario l. c.

da man es für erlaubt hielt, die Liquidation im Laufe des Exekutionsverfahrens nachzuholen.[11]) Ueberhaupt wurde die Liquidität des Anspruchs, welcher im Exekutivprozeß verfolgt wird, zwar als ein natürliches Erfoderniß der wirklichen Hülfsvollstreckung, also der unmittelbaren Wirksamkeit einer exekutorischen Urkunde im concreten Falle,[12]) nicht aber als eine Bedingung des Wesens und der Wirksamkeit einer solchen Urkunde an sich betrachtet;[13]) um so weniger konnte man jemals darauf verfallen, in dem Vorhandenseyn der Liquidität den Begriff der guarentigiirten Urkunde für erschöpft zu halten.

Von selbst versteht sich übrigens, daß die Urkunde, deren Vollstreckung nachgesucht wird, sowohl dem Inhalte als der Form nach den allgemeinen Erfodernissen einer gültigen Willenserklärung und eines glaubwürdigen Dokuments entsprechen muß.[14]) Ob die causa debendi ausgedrückt seyn müsse, war

---

11) Bartolus in L. 1. D. judicatum solvi. Belegst. S. 98. — Ant. de Canario num. 32. Belegst. S. 154.

12) Bartolus in L. 25. §. 2. D. ad l. Aquil. num. 3. Belegst. S. 97. — Baldus in L. 2. C. de exec. rei jud. Belegst. S. 113. — Angelus in L. 48. D. de vulg. et pup. subst. Belegst. S. 119, 120. — Ant. de Canario num. 32 cit. — Bened. de Barzis P. I. qu. 2. Belegst. S. 270, 271.

13) Bartolus in L. 1. D. judicatum solvi. num. 3. in f. Belegst. S. 98. Daher wird durch Illiquidität die exekutorische Wirksamkeit nur bis nach hergestellter Liquidität suspendirt (Baldus in L. 2. C. de exec. rei jud. num. 7. in f. Belegst. S. 114.) und es sind im Liquidationsverfahren auch andere Beweismittel als schriftliche Urkunden zuläßig. (Baldus l. c. num. 6. Belegst. S. 113.)

14) Guido de Suzaria num. 5. Belegst. S. 36. — Bartolus in L. 1. §. 2. D. quod vi aut clam. num. 3. Belegst. S. 101. — Baldus in L. 5. C. de exec. rei jud. num. 3. Belegst. S. 109. — Jason in L. 3. C. de edicto D. Hadr. toll. num. 5. Belegst. S. 187.

bestritten; nach der konsequenteren Ansicht brauchte sie nicht ausgedrückt zu seyn.[15])

§. 15.

Die Schutzmittel, welche dem aus einer guarentigiirten Urkunde Verpflichteten nach und nach zugestanden wurden, waren hauptsächlich folgende:

1. Einreden,
2. Zurückforderung des in judicio executivo Bezahlten, (Nachklage,)
3. Vorklage oder Wiederklage auf Kassation der guarentigiirten Urkunde.

Es erscheint als etwas sehr Natürliches, daß die früheste Periode unserer Geschichte, so lange das ganze Institut noch in seinen rohen Anfängen befangen war, von allen diesen Schutzmitteln keines kannte. Es war ja von Anfang her die Intention eigentlich nur darauf gerichtet, dem Gläubiger unbedingt zu seiner Forderung zu verhelfen, jeden Widerstand, welcher dagegen versucht werden möchte, nieder zu halten; und es pflegt auch sonst wohl bei Einführung neuer Maaßregeln so herzugehen, daß die Hauptabsicht erst erreicht seyn muß, ehe sich Nebenrücksichten geltend machen können. Wenn man nun dazu noch die Voraussetzung gelten läßt, daß das Institut überhaupt aus unrömischen und gewaltthätigen Triebfedern hervorgegangen ist,[1]) so muß man wohl zugeben, daß es einiger Zeit bedurfte, um dasselbe allmählich mit dem Bildungsstoffe

---

15) **Buttrigarius** in L. un. C. de confessis. Belegst. S. 85. — **Baldus** in L. 2 C. de exec. rei jud. num. 9. Belegst. S. 114.

1) S. oben Kap. I. §. 10.

der römischen Theorie zu durchdringen und auf diesem Wege der strengen Regel billige Ausnahmen abzugewinnen.

Die ältesten Statuten sind daher gewöhnlich nur auf die Anordnung stracker Exekution durch Gestattung unmittelbaren faktischen Einschreitens gerichtet,[2]) — nicht selten mit ausdrücklicher Ausschließung aller und jeder Einreden des Beklagten.[3])

Einzelne Statuten dieser Art haben sich zwar lange erhalten.[4]) Im Allgemeinen aber ward jene Schärfe bald abgestumpft, als sich die Doktrin des Instituts bemächtigt hatte. Als Werkzeug hiezu diente gerade dasselbe Mittel, durch welches das Institut seine Geltung behauptet hatte, nehmlich die Anschließung an die Theorie des römischen Rechts über die confessio in jure und das derselben anklebende Recht der paraten Exekution, welche gleich seyn sollte der Exekution eines rechtskräftigen Erkenntnisses.

Aus dieser Gleichstellung mußte sich bald der Grundsatz ergeben:

---

2) Statut von Padua vom J. 1236 (Belegst. S. 192: . . . „qui non solverit infra terminum sibi datum, possit termino transacto forbanniri et pignorari.“ — Guido de Suzaria num. 37. (Belegst. S. 48, 49.): „ex forma capituli guarentigiae, quo dicitur inter alia, quod omnia praecepta guarentigiae in confessum quemlibet facta de facto mandentur exequutioni sine libelli oblatione.“ etc.

3) Bartolus in L. 1. §. 2. D. quod vi aut clam num. 8. Belegst. S. 103. — Angelus in L. 5. D. de jurejur. num. 2. Belegst. S. 118; — Idem in L. 58. D. de pet. her. num. 2. in f. Belegst. S. 119; — Idem in L. 75. D. de leg. I. num. 2. Belegst. S. 120. — Pontanus cons. 42. num. 1. Belegst. S. 132. — Castrensis in L. 31. D. de constit. pec. num. 3. Belegst. S. 141. — Ant. de Canario num. 1. Belegst. S. 144; Idem num. 92. Belegst. S. 166. — Jason in L. 1. §. 2. D. de V. O. num. 31. in f. Belegst. S. 187.

4) Wie sich aus den Citaten der vorigen Note ergibt.

1. Einwendungen, durch welche die Gültigkeit oder Wirksamkeit einer confessio in jure angefochten werden kann, sind auch gegen guarentigiirte Urkunden zulässig, und

2. Einwendungen, welche gegen die Verhängung oder gegen den Fortgang der Exekution eines rechtskräftigen Erkenntnisses vorgeschützt werden können, sind auch gegen die Exekution guarentigiirter Urkunden zulässig.

Wir finden diesen Grundsatz schon bei Guido de Suzaria mit ziemlicher Bestimmtheit ausgesprochen.[5]) Noch wagte man aber nicht, demselben die ausgedehnte Anwendung zu geben, welche er an sich wohl leicht zuließ und späterhin in der That behauptete. Man begnügte sich vorerst mit der Anwendung desselben auf eine oder die andere Einrede, welche gelegentlich zur Sprache kam, und deren Zulassung gerade am rechtmäßigsten und dringendsten erscheinen mochte. Dieß waren vorzugsweise solche Einreden, durch welche die Dispositionsfähigkeit der Kontrahenten, die Legitimation zur Sache, die Gültigkeit der Urkunde, welche das praeceptum guarentigiae enthielt, angefochten wurde.

Einreden dieser Art finden sich mehrere bei Guido de Suzaria.[6]) Derselbe liefert aber zugleich Zeugniß, wie der konsequenten Durchführung jenes doktrinellen Grundsatzes das damals noch ziemlich frische Ansehen der Statuten im Wege stand.[7])

---

5) Tr. de instr. guar. num. 5. (Belegst. S. 36.) verb. „de qua nec confessio nec sententia valet"; vgl. mit num. 3. (Belegst. S. 35.) verb. „quum etiam post sententiam opponatur."

6) Wie sich denn überhaupt der Inhalt des ganzen Traktats um die Frage dreht, welche Einreden gegen guarentigiirte Urkunden zulässig seyen.

7) Tr. de instr. guar. num. 3. vgl. mit num. 20.

Indessen unterlag auch die statutarische Gesetzgebung selbst gar bald dem Einflusse der Doktrin. Schon zur Zeit des Guido gab es Statuten, welche wenigstens einzelne, namentlich bezeichnete Einreden von der allgemeinen Regel, daß gegen instrumenta guarentigiata keine Einrede zuläßig sey, ausgenommen hatten, [8]) — eine Maaßregel, welche sich schnell verbreitet und lange erhalten hat. Es sind dieß bald mehr bald weniger, in der Regel aber drei Einreden, nehmlich solutionis, falsitatis, pacti de non petendo s. quietationis. [9]) Die Zahl dieser Einreden mußte sich in dem Grade vermehren, in welchem man mit den Vorbedingungen der exekutorischen Wirksamkeit schriftlicher Urkunden laxer geworden war.

Die Doktrin ging auf diesem Wege der Erweiterung der Rechtsvertheidigung des Beklagten immer zuversichtlicher voran, wobei manchmal auch das Bewußtseyn von der Unhaltbarkeit der Fiktionen, auf welchen man das exekutorische Recht der guarentigiirten Urkunden aufgebaut hatte, zum Vorschein kam. [10]) Freilich erkannte man an, daß es überall viel

8) Tr. cit. num. 10. num. 11. num. 14. num. 33. num. 47. (Belegst. S. 54.) num. 52.

9) Bartolus in L. 1. §. 2. D. quod vi aut clam. num. 3. Belegst. S. 101. — Angelus in L. 14. D. de usur. num. 2. Belegst. S. 119. — Vgl. Statut von Padua vom J. 1258, Belegst. S. 196; — Statut von Rom Lib. I. Cap. 75. Belegst. S. 243; — Statut von Perugia Vol. I. Rub. 29. Belegst. S. 254; — Statut von Lucca Lib. I. Cap. 129. Belegst. S. 271; — Statut von Velletri Lib. II. Cap. 15. Belegst. S. 280; — Statut von Cori Lib. II. Cap. 5. Belegst. S. 284; — Statut von Triest Lib. II. Rub. 9. Belegst. S. 287 a. E.

10) Baldus in L. 2. C. sententiam rescindi non posse num. 19. Belegst. S. 115. — Vgl. Cinus in L. 14. C. de non num. pec. Belegst. S. 92. — Salicetus in L. 10. C. Mandati num. 8. in f. Belegst. S. 125. — Barzius de guarentigia P. II. qu. 1. Belegst. S. 175.

auf den Wortlaut der Statuten ankomme,[11]) welcher je nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung oder letzten Revision sehr verschieden war. Indessen machte sich die nachsichtige Tendenz der Doktrin doch auch gegen solche Statuten geltend, welche entweder gar keine oder nur gewisse Einreden zuließen, — indem man aus römischen Analogieen, eben nicht auf die feinste Weise, nachzuweisen verstand, erstlich, daß die generelle Ausschließung der Einreden nur von muthwilligen zu verstehen sey,[12]) zweitens, daß es gestattet sey, mittels solcher Vertheidigungsgründe, welche in der Form von Einreden wegen des Verbots der Statuten nicht vorgeschützt werden konnten, das officium judicis anzurufen, durch welches der Kläger von der Verfolgung seiner Ansprüche abgehalten werden könne.[13]) Nur solchen Statuten, in welchen ausdrücklich nicht nur alle Einreden, sondern auch jede andere Vertheidigung, omnis exceptio et defensio, verboten war, glaubte man Nichts anhaben zu können.[14])

---

11) Bartolus in L. 1. §. 2. D. de V. O. (Dig. nov. Basil. 1588. T. II. pag. 4.): . . . quia talia statuta sunt facti, non potest sententiari nisi verbis statuti diligenter inspectis. — Jason ad h. l. num. 31. (Belegst. S. 186) unter Anführung des Angelus, Johannes de Imola, Alexander Tartagnus, Paulus de Castro und Franciscus de Accoltis.

12) Bartolus in L. 1. §. 2. D. quod vi aut clam. num. 3. Belegst. S. 101. — Ant. de Canario num. 1. in f. Belegst. S. 145.

13) Bartolus l. c. num. 7. Belegst. S. 103. — Angelus in L. 58. D. de pet. her. num. 1. et 2. Belegst. S. 119. — Ant. de Canario num. 92. Belegst. S. 166.

14) Bartolus l. c. num. 8. — Angelus l. c. — Ant. de Canario l. c. — Ein Beispiel, wie sich die Gesetzgebung auf diese Weise sicher zu stellen versuchte, gibt das Stadtrecht von Pistoja (Lib. II. Rub. 24. Belegst. S. 274.): Et contra dicta praecepta

Bayerische Staatsbibliothek München

Diese Beispiele mögen genügen, um die in der Erweiterung der Schutzmittel des Beklagten so thätige Tendenz der Doktrin zu charakterisiren.

Ergiebiger und natürlicher aber als diese und ähnliche Erweiterungsversuche blieb immer die konsequente Durchführung des oben[15]) bezeichneten, aus der Gleichstellung der confessio guarentigiae mit der confessio in jure und der res judicata hergeleiteten Regel, aus welcher sich leicht das vollständige System eines den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit entsprechenden Vertheidigungsrechts entwickeln ließ, wie dieß in der That seit Bartolus mit immer größerer Entschiedenheit geschehen und in dem Traktat des Antonius de Canario am vollständigsten ausgeführt ist.[16])

Die Grundzüge dieses Systems sind folgende:

I. Die Wirksamkeit einer jeden confessio oder res judicata ist vor Allem dadurch bedingt, daß sie auf eine an sich gültige Weise zu Stande gekommen ist; alle Einreden, durch welche diese Gültigkeit bestritten wird, sind daher zuläßig.[17]) Solcher Einreden sind so viele denkbar, als es Erfodernisse der Gültigkeit einer confessio oder res judicata im Allge-

---

nec ... alia exceptio, defensio nec aliquid aliud possit opponi, objici aut protestari vel quoquo modo impugnari vel fieri per modum aditionis officii judicis, quo praefata executio ... differri aut impediri possit . . .

15) S. 94. 95.

16) Vgl. auch Bened. de Barzis tr. de guarent. P. III. (Tract. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 292. sqq.)

17) Guido de Suzaria num. 2. num. 5. num. 8. in f. — Bartolus in L. 1. §. 2. D. quod vi aut clam. num. 3. Belegst. S. 101. — Baldus in L. 5. C. de exec. rei jud. num. 3. Belegst. S. 109. — Angelus in L. 24. D. de testam. mil. num. 2. Belegst. S. 121.

Bayerische Staatsbibliothek München

meinen[18]) und der Gültigkeit eines guarentigiirten Instruments insbesondere[19]) gibt.

II. Jede an sich gültige confessio oder res judicata begründet förmliche Wahrheit. Also entsteht durch eine solche confessio oder res judicata die unbestreitbare rechtliche Gewißheit, daß die den Inhalt derselben bildende Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Ablegung des Geständnisses oder der Erlassung des Erkenntnisses existirt hat. Unzulässig sind daher alle direkt[20]) gegen diese rechtliche Gewißheit gerichteten Einreden. In diesem Sinne sind daher auch alle gegen die den Inhalt einer guarentigiirten Urkunde bildende Hauptverbindlichkeit gerichteten Einreden unzulässig: non potest opponi exceptio, quae impugnat vires contractus contenti in instrumento.[21]) Und diesen Grundsatz mußte man auch da noch anerkennen, wo man das exekutorische Recht schriftlicher Urkunden als reinen Ausfluß der Parteiübereinkunft oder statutarischer Satzung, abgesehen von der ursprünglichen Einkleidung in die Form einer confessio in jure, betrachtete. Denn eben schon dadurch, daß

---

18) Z. B. die Dispositionsfähigkeit der Parteien; daß die confessio nicht auf ein absolut verbotenes Rechtsgeschäft gerichtet sey; u. dgl.

19) Vgl. oben §. 13 u. 14. — Guido de Suzaria num. 9. Belegst. S. 37.

20) Denn indirekt kann allerdings auch die Rechtmäßigkeit des Inhalts der confessio bestritten werden, insofern nehmlich die Unrechtmäßigkeit mit wahrer Ungültigkeit zusammenfallen und diese aus dem Inhalte der confessio hergeleitet werden kann; z. B. wenn die confessio ihrem Inhalte nach auf etwas absolut Unerlaubtes gerichtet ist. Guido de Suzaria Num. 2. u. 4.

21) Odofredus in L. un. C. de confessis. Belegst. S. 18. — Petrus de Unzola declaratio ad Auroram Roland. Cap. III. rub. instrum. solenne mutui etc. (Belegst. S. 70.): Nec super ipso debito potest ulterius lis moveri etc. — Bartolus in L. 1. §. 2. D. quod vi aut clam. num. 4. Belegst. S. 102. — Ant. de Canario num. 9. Belegst. S. 146, 147.

man das Recht der paraten Exekution als ein der Urkunde anklebendes Recht anerkannte, war wiederum die Erörterung über die materielle Rechtmäßigkeit des Inhalts der Urkunde ausgeschlossen.[22])

III. Wie jedoch die förmliche Wahrheit einer confessio in jure oder res judicata sich nur auf den Zeitpunkt der Ablegung des Geständnisses oder der Erlassung des Erkenntnisses erstreckt, so auch die Wirksamkeit guarentigiirter Urkunden, bei welchen der Zeitpunkt der Ablegung der confessio und der Erlassung des praeceptum guarentigiae mit dem Zeitpunkte der Errichtung der ganzen Vertragsurkunde in eines zusammenfällt.[23]) Alle Einreden daher, welche nicht sowohl gegen die ursprüngliche Existenz, als vielmehr auf die nachherige Erlöschung der Hauptverbindlichkeit gerichtet sind, müssen, wie gegen die confessio in jure und die res judicata, so auch gegen guarentigiirte Urkunden zulässig seyn.[24])

IV. Von selbst versteht sich, daß alle gegen Unförmlichkeiten des Exekutionsverfahrens selbst gerichteten Einreden gleichfalls zugelassen werden mußten.[25])

---

22) Bartolus l. c. num. 4 et 5. — Baldus in L. 2. C. de exec. rei jud. num. 9. Belegst. S. 114. — Paul. de Castro in L. 31. D. de constit. pec. num. 3. circa f. Belegst. S. 141. — Angelus, Joannes de Imola, Tartagnus, Franciscus de Accoltis nach Jason in L. 1. §. 2. D. de V. O. Belegst. S. 186.

23) Bartolus in L. 3. §. 2. D. Commodati. num. 11. (Belegst. S. 96): et tempore facti instrumenti videtur lata sententia.

24) Bartolus in L. 11. D. de transact. num. 3. 4. Belegst. S. 96. — Ant. de Canario num. 13. Belegst. S. 148. — Benedictus de Barzis P. II. qu. 16, — P. III. qu. 1. sqq. Tract. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 281b sqq.

25) Guido de Suzaria num. 6. num. 7. — Bartolus in L. 1. §. 2. D. quod vi aut clam. num. 6. — Benedictus de Barzis P. III. qu. 13. Tract. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 292b.

V. Alle diese an sich zulässigen Einreden konnten jedoch im Exekutionsverfahren überhaupt, — also auch im Exekutionsverfahren aus guarentigiirten Urkunden, oder was dasselbe ist, im Exekutivprozeß, — mit Wirksamkeit nur dann gebraucht werden, wenn sie entweder sofort liquid waren oder wenigstens durch schleunigen Beweis (in continenti) liquid gemacht werden konnten; im entgegengesetzten Falle mußten sie in judicio executivo unberücksichtigt bleiben: „exceptiones, quae requirunt altiorem indaginem, respuuntur; sed illae, quae possunt in continenti expediri, admittuntur.“ 26)

Aus dem Bisherigen wird es von selbst klar geworden seyn, daß auch die Grundlage des Rechts der Vertheidigung durch Einreden ursprünglich nicht prozessualischer, sondern materieller Natur war, daß die Entwickelung und Befestigung desselben nicht von der Frage ausging: wie über die Einreden des Beklagten zu procediren sey? sondern von der Frage: ob und welche Einreden überhaupt zulässig seyen? Indessen hatte ja die so eben bezeichnete, in ihrer Konsequenz unantastbare Doktrin im Laufe des XIV. und XV. Jahrhunderts jenes Vertheidigungsrecht so sehr erweitert, daß man fast alle gedenkbaren Einreden für an sich zulässig erkannte. 27) Hierdurch

---

26) Bartolus in L. 4. §. 6. D. de re jud. num. 1—3. Belegst. S. 104—106. — Idem in L. 4. C. si ex fals. testim. (Bartolus in Cod. Basil. 1588. Vol. II. pag. 222.) — Ludovicus Pontanus cons. 42. num. 3. Belegst. S. 132, 133. — Idem cons. 76. num. 1—4. Belegst. S. 135, 136. — Antonius de Canario num. 14, 15. Belegst. S. 148, 149. — Man deckte diese Ansicht mit der Analogie des römischen Rechts in L. 15. §. 4. D. de re jud. und L. 3. §. 13. D. ad exhibendum. (10, 4.)

27) Ausgeschlossen war ja eigentlich nur die oben unter II. bezeichnete Kategorie von Einreden. — Am folgenreichsten aber war der unter III. ausgesprochene Grundsatz, aus welchem die Zuläßigkeit gerade derjenigen Einreden, welche am häufigsten vorkommen und auf deren

hatte das ursprünglich an die Spitze gestellte Princip des Verbotes der Einreden fast alle praktische Bedeutung verloren, während der Halt des ganzen Instituts der exekutorischen Urkunden gegenüber dem Vertheidigungsrechte des Beklagten nunmehr auf das ursprünglich gar nicht berücksichtigte, erst später hinzugetretene, an sich sekundäre Moment der Liquidität der Einreden reducirt war.

In der Praxis mußte daher dieses Moment als überwiegend bald anerkannt, ja es konnte leicht als das einzig bestimmende genommen werden. Diese Richtung herrscht schon bei Antonius de Canario sehr entschieden vor, indem seine Untersuchungen über eine ganze Reihe von Einreden regelmäßig darauf hinauslaufen: daß sie zulässig seyen, wenn sie in continenti liquid gemacht werden können. 28) In gleicher Weise war denn auch die statutarische Gesetzgebung in steter Wechselwirkung mit Doktrin und Praxis Schritt für Schritt immer weiter gegangen, indem sie die Zahl der zulässigen Einreden nach und nach vorerst im Einzelnen vermehrte, 29) endlich aber ganz allgemein alle Einreden, welche in continenti liquid gemacht werden konnten, für zulässig erklärte. 30)

Ausschließung es ursprünglich am meisten abgesehen war, hervorgeht. Hier zeigt sich die angeborene Schwäche des Instituts. Vgl. Ant. de Canario num. 16. (Belegst. S. 150.): „quia oritur [exceptio peremtoria] cum instrumento, quod non contingit in sententia.“

28) Ant. de Canario num. 14. sqq.

29) Vgl. Statut von Rom. Belegst. S. 243; — Statut von Sezza, Belegst. S. 249; — Statut von Perugia, Belegst. S. 254; — Statut von Pistoja, Belegst. S. 274; — Statut von Velletri (Lib. II. Cap. XV.), Belegst. S. 280.

30) Statut von Padua, Belegst. S. 196 a. E. u. 197. S. 198; — Statut von Neapel, Belegst. S. 203; — Statut von Ancona, Belegst. 210, 211; — Statut von Mailand Belegst. S. 218; —

§. 16.

Schon bei Guido de Suzaria finden wir, daß es gestattet war, das in judicio executivo Gezahlte durch eine selbstständige Nachklage, condictio indebiti v. sine causa, wieder zurückzufordern.[1]) Es ist hier freilich zunächst nur von dem speciellen Falle der Zurückforderung von Zinsen die Rede, wofür man die ausdrücklichen Bestimmungen des canonischen Rechts, theils in dem allgemeinen Verbote der Zinsen, theils in der besonderen Bestimmung des cap. debitores (i. e. cap. 6.) X. de jurejurando,[2]) zur Hand hatte. Hier wird verordnet, daß eidlich versprochene Zinsen zwar um der Heiligkeit des Eides willen gezahlt, hernach aber vom Empfänger zurückgefordert werden sollen. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf andere Fälle, in welchen der Schuldner eine an sich rechtmäßige, aber in judicio executivo nicht zulässige Einrede hatte, lag in der That nahe.[3]) Auch wird schon in der angeführten Stelle des Traktats von Guido der Satz, „daß das, was mittels der Einrede nicht geschützt werden könne,

---

Statut von Tivoli, Lib. II. cap. 6, Belegst. S. 221 a. E.; — Statut von Genua, Belegst. S. 225, 226; — Statut von Vicenza, Belegst. S. 239; — Statut von Lucca, Belegst. S. 268.

1) Guido de Suzaria tr. de instr. guar. num. 51. Belegst. S. 56.

2) Dieß ist auch ohne Zweifel die Stelle, auf welche sich das Citat bei Guido de Suzaria l. c. bezieht, indem statt extra de usu. zu lesen ist extra de jureju. Hiernach ist auch die in der Parenthese der Note 132. zum Traktat des Guido (Belegst. S. 56.) ausgedrückte Vermuthung zu berichtigen.

3) Bartolus in L. 2. C. de his, quae vi metusve causa. Belegst. S. 100. — Idem in L. 1. §. 2. D. quod vi aut clam num. 9. Belegst. S. 103, 104. — Ant. de Canario num. 93. Belegst. S. 166—167.

durch eine Klage zurückgefordert werden dürfe," ganz allgemein hingestellt. [4])

Später, als der Grundsatz, daß in judicio executivo nur in continenti erweisliche Einreden zuzulassen, alle exceptiones altioris indaginis aber ad separatum zu verweisen seyen, allgemeine Anerkennung erlangt hatte, [5]) mußte man die Zurückforderung des in judicio executivo Gezahlten auf den Grund der dem Beklagten vorbehaltenen Einreden schon deßhalb gestatten, weil außerdem dieser Vorbehalt sinnlos gewesen wäre.

Als nun die Zulässigkeit der Einreden am Ende nur noch von der Liquidität derselben abhängig geworden war, da mußte auch zur Begründung der Nachklage jeder gegen die rechtliche Existenz nicht nur der Verpflichtung zur paraten Exekution, sondern auch der Hauptverbindlichkeit gerichtete Einwand zugelassen werden. Ja gerade in dieser letzten Beziehung schien die Zulässigkeit der Zurückforderung durch eine condictio indebiti am wenigsten bedenklich, weil hierüber noch keine Kognition vorhergegangen war. [6])

---

4) . . . „cum per actionem consequamur, quod per exceptionis viam retinere non possumus, imo exceptione uti non possumus."

5) Vgl. Angelus in L. 75. D. de legat. I. (Belegst. S. 120.): „reservantur enim exceptiones ex postfacto." Ant. de Canario num. 17. (Belegst. S. 150.): „exceptiones, quae requirunt altiorem indaginem, . . . in ordinario judicio reservantur."

6) B rtolus in L. 1. §. 2. D. quod vi aut clam. num. 9. (Belegst. S. 104.): „ . . . quia verum est, quod non possum repetere tamquam indebitum, quando causa illa, scil. utrum esset debitum vel indebitum, potuit in illo primo judicio examinari, cujus vigore factum est praeceptum. Et ratio est tunc, ne infringam judicis sententiam. Sed quando examinari non potuit, nil impedit, quin competat condictio indebiti vel sine causa . . ." —

Solve et repete war daher seit Bartolus zum allgemeinen, nie angefochtenen Grundsatze geworden; jeder Umstand, aus welchem die Nichtschuld nachzuweisen war, konnte zur Begründung der condictio indebiti v. sine causa benützt werden.[7]) Die Verhandlung dieser Klage geschah in ordinario.[8])

Auf denselben Grundlagen, wie diese Nachklage, beruht das Klagrecht des aus einer guarentigiirten Urkunde Verpflichteten auf Kassation der Urkunde. Denn auch diese Klage ist in der That nichts Anderes, als eine condictio indebiti, deren Zulässigkeit aus dem römischen Rechte leicht nachzuweisen war[9]) und jedenfalls noch viel unbedenklicher erscheinen mußte,

---

Ant. de Canario num. 93. Belegst. S. 166 a. E u. 167, vgl. mit Num. 16. Belegst. S. 150.

7) Bartolus l. c. — Idem in L. 60. D. de cond. indeb. num. 12. Belegst. S. 99. — Angelus l. c. — Idem in L. 60. D. de cond. indeb. Belegst. S. 119. — Pontanus cons. 76. num. 7. Belegst. S. 136. — Paulus de Castro in L. 8. D. de cond. ob turp. caus. Belegst. S. 143. — Antonius de Canario num. 75. Belegst. S. 160. — Idem num. 93. Belegst. S. 166, 167. — Bened. de Barzis P. II. qu. XV. Tr. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 291b. — Statut von Mailand, Belegst. S. 218, verb. Et ut omnino etc. — Statut von Genua, Belegst. S. 232, verb. Qui pro observatione etc. und S. 233, verb. In omnibus autem etc. — Statut von Perugia, Belegst. S. 255, verb. Volumus tamen, quod is etc. — Statut von Pistoja Belegst. S. 275, verb. salvo tamen jure etc. und S. 276, verb. juri tamen crediti.

8) Pontanus cons. 76 num. 7. Belegst. S. 136. — Ant. de Canario num. 17. Belegst. S. 150. — Statut von Genua (Belegst. 233): „et sint reservata jura utrique parti in judicio ordinario." — Statut von Pistoja a. a. O.

9) L. 5. in f. D. de act. emti et vend. (19, 1.) L. 1. pr. D. ut in poss. legator. (36, 4.) L. 2. §. 3. 4. D. de donat. (39, 5.) und besonders L. 3. C. de condictione indebiti. (4, 5.)

als die der Nachklage. Was daher zur Begründung der Nachklage benützt werden konnte, das mußte auch zur Begründung der condictio instrumenti als Vor- oder Wiederklage dienen. Sie kommt in diesen beiden Eigenschaften schon bei Guido de Suzaria vor.[10]) Zweifelhaft konnte es nur erscheinen, welche Wirksamkeit derselben im Falle der Kollision mit der Exekutivklage zukomme. Eine solche Kollision war nehmlich immer vorhanden, so oft die Kassation im Wege der Wiederklage nachgesucht wurde; sie konnte aber auch bei der selbstständigen Vorklage entstehen, wenn vor der rechtskräftigen Entscheidung derselben die Exekutivklage angebracht wurde. In beiden Fällen entstand die Frage, ob der Fortgang des Exekutivprozesses durch den Streit über die Kassation der exekutorischen Urkunde aufgehalten werden könne. Bei Guido de Suzaria wird diese Frage bejaht. Später aber machte sich die richtige Ansicht geltend, daß der Lauf des Exekutivprozesses durch die condictio instrumenti für sich allein nicht, sondern nur insofern gehemmt werden könne, als die Kassation in continenti ausgewirkt werden kann.[11]) Von selbst versteht sich daher, daß die Verhandlung der Wiederklage durchaus an die Formen und Stadien des Exekutivprozesses gebunden ist.[12]) Die Vorklage dagegen wurde im ordentlichen Prozesse verhandelt.

---

10) Tr. de instr. guar. num. 11 (Wiederklage) Belegst. S. 38; — num. 33 (Vorklage) Belegst. S. 47.

11) Ant. de Canario num. 90. Belegst. S. 165, 166. — Bened. de Barzis P. III. qu. 21. Tr. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 293b. — Anders jedoch nach neapolitanischem Recht; s. ritus magnae curiae vicariae regni Neapolis. rubr. de praeventione Belegst. S. 204—205.

12) Bartolus in L. 1. §. 14. D. de variis et extraord. cogn. 50, 1. (Bart. comm. in Dig. nov. Bas. 1588. II, 681.)

§. 17.

In Beziehung auf die Form des Exekutivverfahrens galt, wie schon bemerkt, das gemeine Exekutionsverfahren als Norm. Auch im gemeinen Exekutionsverfahren konnten Streitpunkte vorkommen, welche einer contradictorischen Verhandlung bedürftig waren. Ein Beispiel der Art hatte man in L. 15. §. 4. D. de re judicata, wo von dem Falle die Rede ist, daß eine Sache als Exekutionsobjekt ergriffen worden war, bezüglich welcher bestritten wurde, daß sie dem der Exekution Unterworfenen zugehöre. Hierüber soll nun is, qui rem judicatam exequitur, summatim cognoscere. Daraus ergab sich die allgemeine Regel, daß alle im Laufe des Exekutionsverfahrens, also auch im Exekutivprozeß aus guarentigiirten Urkunden, vorkommenden Streitfragen summarisch zu verhandeln seyen.[1]) Unter summarisch aber verstand man in formeller Beziehung nichts Anderes, als so schleunig als möglich und mit Abschneidung aller nicht absolut nothwendigen Förmlichkeiten, so daß mithin die besonderen Modalitäten des Verfahrens vielfach von der Betriebsamkeit der Parteien und dem Ermessen des Richters abhingen.[2])

---

1) Durantis Spec. Lib. II. Part. III. rubr. de exec. sent. Belegst. S. 81. — Bartolus in L. 4. D. de re jud. num. 3. Belegst. S. 105, 106. — Pontanus Cons. 133. Belegst. S. 130, 131. — Ant. de Canario num. 15. Belegst. S. 149. — Maranta P. IV. dist. IX. — Statut von Padua vom Jahr 1258. Belegst. S. 195. — Statut von Neapel, Belegst. S. 201. — Statut von Tivoli, Lib. II. cap. VI. in f. Belegst. S. 222. — Statut von Vicenza, Belegst. S. 237. — Statut von Perugia, Belegst. S. 256. — Statut von Lucca, Lib. I. cap. CXI in rub. (Belegst. S. 263) Lib. I. cap. CXX. Belegst. S. 266. — Statut von Cori, Lib. II. cap. 8. Belegst. S. 285.

2) Die Statuten enthalten jedoch mancherlei, zum Theil sehr zweck=

Anstatt der Klage also genügt, wenn der Klaganspruch vollkommen liquid ist, ein einfaches Exekutionsanrufen: imploratur officium judicis pro executione facienda, petitur executio instrumenti officio judicis;[3]) bei Guido de Suzaria petitio guarentigiae genannt,[4]) ohne alle Förmlichkeiten eines Klaglibells,[5]) welcher überhaupt in summariis nicht erforderlich war. Selbst mündliche Anmeldung mußte genügen.[6])

Zur Begründung der Imploration gehörte mit Nothwendigkeit die Vorlage der Urkunde, deren Vollstreckung gebeten wird; sie ist also mit der Klage zu übergeben, praesentatur, producitur instrumentum.[7])

---

mäßige Bestimmungen, durch welche die Willkühr sehr beschränkt wird. — Auf eigenthümliche Weise sucht Bartolus die theoretische Regel für die Beschränkung der richterlichen Willkühr festzustellen in seinem Kommentar zur Extravag. Ad reprimendum, ad. v. Et figura. (Jo. Faxioli et Bartoli de Saxoferrato de summaria cognitione commentarii. Erlang. 1843. p. 51. p. 53. sqq.) Im summarischen Verfahren sollen die solennitates juris naturalis eingehalten werden, nicht aber die solennitates mere civiles.

3) Bartolus in L. 11. D. de transact. num. 2. Belegst. S. 95. — Angelus in L. 58. D. de pet. her. num. 2. Belegst. S. 119. — Salicetus in L. un. C. de confessis num. 35. Belegst. S. 123. — Idem l. c. num. 36. Belegst. S. 124 a. E.

4) Guido de Suzaria num. 25. Belegst. S. 43.

5) Guido de Suzaria num. 21. num. 37. u. öfter. Petr. de Unzola de judiciis. Rubr. de proc. contra reum confessum. Belegst. S. 71. u. A. m. — Statuten: von Padua, Belegst. S. 195, — v. Ancona, S. 211, — v. Tivoli, S. 221, — v. Genua, S. 225, — v. Vicenza, S. 237. S. 238, — v. Perugia, S. 265, — v. Cori, S. 285.

6) Vgl. Statut von Padua vom Jahr 1258. Belegst. S. 195; — Statut von Vicenza, Belegst. S. 238 a. E. verb. etiam verbo declarata.

7) Statut von Padua, Belegst. S. 195, — v. Neapel, S. 202 vgl. mit S. 206, — von Ancona, S. 210, — von Mailand,

Das Petitum der Imploration ist nicht auf Verurtheilung des Beklagten, sondern auf Verfügung der Exekution gegen denselben zu richten.[8])

In manchen Fällen war die Geltendmachung der paraten Exekution noch von einem besonderen Nachweise abhängig,[9]) welcher nicht sofort mit der Imploration geliefert, sondern erst im Laufe des Exekutivverfahrens nachgetragen wurde.[10]) In diesen Fällen war immer richterliche Kognition über die Exequibilität nöthig,[11]) folglich auch ein hierauf gerichtetes Petitum mit dem Hauptantrage zu verbinden, petitur pronunciari instrumentum exequendum (s. mereri executionem) et exequi.[12])

War die einzuklagende Forderung nicht liquid, so konnte auch der Antrag auf Liquidation mit dem Exekutionsantrage verbunden werden: petitur instrumentum liquidari et eo liquidato liquidum pronunciari et tunc (pro quantitate liquida) executioni mandari.[13])

S. 218, — von Tivoli, S. 221, — von Sezza, S. 248 a. E. — von Perugia, S. 256, — von Lucca, S. 263, verb. viso instrumento etc., — von Velletri, S. 280, — von Cori Lib. II. cap. 8. Belegst. S. 285.

8) Ant. de Canario num. 85. Belegst. S. 163. Idem num. 83. Belegst. S. 161. — Baldus in L. 5. C. quor. apell. non recip. Belegst. S. 162. Note 68.

9) Z. B. wenn von dem Erben des ursprünglich Berechtigten oder gegen den Erben des ursprünglich Verpflichteten geklagt wurde.

10) Z. B. durch eine interrogatio s. positio, welche eidlich beantwortet werden mußte.

11) Das Erkenntniß hierüber nannte man die pronunciatio s. pronuncia de exequendo.

12) Ant. de Canario num. 85. Belegst. S. 163.

13) Baldus in L. 2. C. de exec. rei jud. num. 7. Belegst. S. 113. — Ant. de Canario num. 34. Belegst. S. 154. — Bened. de Barzis P. I. qu. 2. Belegst. S. 170, 171.

Endlich mußte das Petitum der Klage, wenn sie aus einer Privaturkunde angestellt wurde, auch noch auf Vorladung des Beklagten ad recognoscendum ausgedehnt werden.[14])

§. 18.

In den frühesten Zeiten, da es noch üblich war, einen förmlichen Rechtsstreit vor dem ordentlichen Richter zu simuliren, um im Laufe dieses Streites eine confessio und in Folge derselben ein praeceptum de solvendo zu erlangen, konnte die Verfügung auf die nach Ablauf der im praeceptum statuirten Zahlungsfrist angebrachte Imploration des Gläubigers (welche hier die Stelle der Exekutivklage vertritt,) in nichts Anderem bestehen als in der sofortigen Verhängung wirklicher Exekution. Der Anfang des Exekutionsverfahrens war ja eigentlich schon durch das praeceptum de solvendo gemacht und es bedurfte also nur noch des richterlichen Auftrags an den Exekutor zur Anwendung der Zwangsmittel, licentia exequendi. In diesem Sinne sind die Statuten zu nehmen, welche bestimmen, daß mit der Exekution sofort auf Vorzeigen der Urkunde (statim viso instrumento) ohne vorgängiges Gehör des Beklagten zu beginnen sey.[1])

Allein schon sehr frühe scheint man es für nöthig gehalten zu haben, der wirklichen Vollstreckung eine Vorladung

14) Baldus in Auth. Contra qui propriam. C. de non num. pec. num. 23. Belegst. S. 114, 115. — Ludov. Pontanus cons. 337. Belegst. S. 134.

1) Baldus in L. 1. C. ne filius pro patre. num. 9. Belegst. S. 111. — Statut von Lucca, Belegst. S. 263. — Ant. de Canario num. 81. in f. Belegst. S. 161: ut si statutum dicat, ut viso publico instrumento praecipi debeat debitori, quod solvat et de palatio non recedat, quo casu etiam per epistolam fieri potest. [sc. praeceptum s. mandatum executivum.]

des Beklagten und die Ertheilung eines nochmaligen Zahlungsbefehls[2]) unter Androhung der bevorstehenden Zwangsmaaßregeln vorausgehen zu lassen, wohl deßhalb, weil das erste (vertragsmäßige) praeceptum de solvendo eine solche Androhung nicht zu enthalten pflegte[3]) und weil man dem Beklagten Gelegenheit geben wollte, seine allenfallsigen Einwendungen gegen die beantragte Exekution anzubringen.[4]) Das Bedürfniß einer solchen Gelegenheit ward um so dringender, jemehr im Laufe der Zeit das Vertheidigungsrecht des Beklagten erweitert worden war,[5]) ja die absolute Nothwendigkeit irgend einer auf Gestattung des rechtlichen Gehörs gerichteten Maaßregel mußte wenigstens dann allgemein anerkannt werden, als man überhaupt alle in continenti erweislichen Einreden für zulässig erklärt hatte.[6]) Ueberdieß galt auch bezüglich des Exekutionsverfahrens aus rechtskräftigen Erkenntnissen der Grundsatz, daß der wirklichen Vollstreckung eine Ladung des Beklagten gewöhnlich und wenigstens dann

2) Guido de Suzaria num. 57. (Belegst. S. 53.): postea judex in exequendo praeceptum guarentigiae praecepit dicto Arrigo, quod deberet dare procuratori dicti Alderici CXXIII florenos auri illinc ad X dies reservatis sibi olim exceptionibus, si quas vellet opponere. — Rolandinus de judiciis rubr. de processu contra reum confessum. verb. Facit enim reum citari etc. Belegst. S. 65.

3) Siehe die Formeln oben S. 51 — 54.

4) Guido de Suzaria l. c. verb. reservatis sibi exceptionibus etc. — Rolandinus l. c. Belegst. S. 65.

5) Ant. de Canario num. 81. Belegst. S. 160.

6) Weil von da an die Zuläßigkeit der Einreden nicht sowohl von der Beschaffenheit der exekutorischen Urkunde, welche der Kläger vorgelegt hat, als vielmehr von der Beschaffenheit der Beweismittel, welche der Beklagte vorbringen wird, und welche daher nicht ohne vorgängiges Gehör des Beklagten beurtheilt werden können, abhängig war. Vgl. Ant. de Canario l. c.

immer vorausgehen müsse, wenn die Vollstreckung bei einem anderen Richter, als dem, welcher das Erkenntniß erlassen hat, nachgesucht wird:[7]) ein Fall, welcher bei Instrumenten mit der clausula guarentigiae stets gegeben war, da das praeceptum guarentigiae nie von dem judex chartularius, welcher dasselbe erlassen hatte, sondern nur von dem wirklichen Richter (cum administratione) exequirt werden konnte.[8])

Im XIV. und XV. Jahrhundert war daher die Nothwendigkeit der Citation bereits zur allgemeinen und unbestrittenen Regel geworden.[9])

Da nun die Citation in Folge der doppelten Rücksicht einerseits auf den Anspruch des Klägers auf parate Exekution und anderseits auf den Anspruch des Beklagten auf rechtliches

---

7) Baldus in L. 3. C. de exec. rei jud. num. 8. (Baldus in Cod. Ed. Venet. 1586. Vol. IV. fol. 72b.) Ant. de Canario num. 81. 82. Belegst. S. 160. — cf. Bartolus in L. 15. §. 2. D. de re jud. num. 2. (Bart. in Dig. nov. Bas. 1588. Vol. I. pag. 357.): Quaero . . . antequam judex praecipiat executionem fieri, an debeat pars citari? Dicunt doctores nostri, quod debet citari pars et sibi terminus competens assignari ad ostendendum, quare non debeat executioni mandari . . . et hoc tenet Cynus et Roffredus . . .

8) Bartolus in L. 15. §. 1. D. de re jud. num. 8. Belegst. S. 119.

9) Ant. de Canario num. 81. cit. Vgl. alle in der Chrestomathie von Belegst. unter Num. I. bis XV. mitgetheilten Statuten. — Einzelne Ausnahmen haben sich allerdings in den Stadtrechten lange erhalten, namentlich in der Art, daß ohne vorgängige Ladung sofort Personalarrest verfügt und erst nach dessen Vollzug zum rechtlichen Gehör des Beklagten geschritten wurde; s. Baldus in L. 3. C. de pign. et hyp. num. 12. Belegst. S. 111, wo vom Stadtrecht von Florenz die Rede ist. — Idem in L. 22. C. Mandati. num. 21. Belegst. S. 112. — Siehe auch Statut von Lucca, Lib. I. cap. CXI. Belegst. S. 263, vgl. mit cap. CXX. pr. Belegst. S. 266, verb. Primus modus est etc.

Gehör nicht nur ein mandatum de solvendo executivum, sondern auch die Ladung des Beklagten ad opponendum contra executionem enthalten mußte, so ergab sich der Inhalt derselben von selbst dahin: der Beklagte habe binnen ordnungsmäßiger Frist[10]) bei Vermeidung der Exekution zu zahlen oder seine Einwendungen gegen die beantragte Exekution vorzubringen.

Man ersieht hieraus, daß die Verfügung auf die Exekutivklage nichts Anderes war, als das heut zu Tage sogenannte mandatum cum clausula.[11])

So lautet schon die in einem Statut von Padua vom Jahr 1258 aufbehaltene Citationsformel:[12])

> quod usque ad tertiam diem debeat sibi (sc. creditori) solvisse, dedisse vel fecisse id, quod debet vigore instrumenti sententiae aut praeceptorum, aut debeat comparere coram tali judice ad videndum et audiendum talem creditorem suum producere jura sua et procedere contra eum secundum formam statutorum.[13])

---

10) Gewöhnlich eine Frist von 10 Tagen; Guido de Suzaria num. 1. Vgl. oben §. 7. Note 4. — Die Fristbestimmungen der Stadtrechte weichen jedoch häufig ab.

11) Damit hängt denn auch das weitere Verfahren genau zusammen. Man könnte daher füglich kurzweg sagen: aus guarentigiirten Urkunden gestatteten die Italiener den Mandatsprozeß, — wenn sich nur nicht auch an diesen Namen die unselige Vorstellung von einer „bestimmt summarischen Prozeßart" knüpfte.

12) Belegst. S. 194.

13) Dieses procedere bestand eben für den Fall des Ungehorsams des Beklagten in sofortiger Einleitung der wirklichen Exekution; s. Statut von Padua v. J. 1258. Belegst. S. 195. verb. Et si reus non contradixerit etc.

Im Wesentlichen dieselbe Citationsformel finden wir bei Guido de Suzaria:[14])

quod deberet dare procuratori dicti Alderici (creditoris) CXXIII florenos auri illinc ad X dies reservatis sibi olim[15]) exceptionibus, si quas vellet opponere.

Ob nun dem Beklagten zur Anfechtung der beantragten Exekution eine eigentliche Tagfahrt bestimmt wurde, in welcher er, — oder eine Frist, innerhalb welcher er seine Einwendungen vorzubringen hatte, dieß ist für das Wesen der Sache völlig gleichgültig;[16]) die Stadtrechte verordnen daher bald das Eine bald das Andere.[17])

Wesentlicher aber scheint eine andere Abweichung. Nach Vorschrift mancher Statuten nehmlich enthielt die erste Verfügung auf die Exekutivklage keinen Zahlungsbefehl, sondern nur die Ladung zu einem Productionstermin,[18]) bald mit bald ohne Auftrag zur Anbringung der Einreden, so daß in dem letzteren Falle erst noch eine besondere Frist ad opponendum

---

14) Belegst. S. 53. num. 47.

15) Dieses olim geht offenbar auf die Frist der decem dies, wie sich aus dem Zusammenhange mit dem folgenden Satze: infra dictum tempus X dierum dictus Arrigus opposuit etc. klar ergibt.

16) Zweckmäßiger ist offenbar die Bestimmung einer Tagfahrt.

17) Beispiele für das Eine wie für das Andere geben die in den Belegstellen mitgetheilten Statuten.

18) Daß die Produktion der Urkunde, aus welcher die Exekutivklage angestellet wird, einen Hauptakt ausmacht, haben wir bereits gesehen. Der Beklagte mußte auch Gelegenheit haben, die Urkunde zu inspiciren, gegen deren Vollstreckung er sich opponiren wollte. Die Anberaumung eines besondern Termins zur Produktion und Inspektion der Urkunde war daher sehr natürlich und konnte wohl in den Fällen mündlicher Klaganmeldung niemals umgangen werden, weil es hier nöthig erschien, nicht nur dem Beklagten zur Opposition, sondern auch dem Kläger zur vollständigen Begründung seines Antrags Gelegenheit zu geben.

gestattet, das mandatum de solvendo aber erst nach fruchtlosem Verlaufe der Oppositionsfrist erlassen wurde.[19])

Auch hier zwar war die maaßgebende Absicht der ganzen Procedur nur auf das Zahlungsmandat gerichtet, zu welchem das demselben vorangehende Verfahren lediglich in dem Verhältnisse präparatorischer Verhandlungen steht.[20]) Der Grundcharakter des Prozesses wird daher auch durch diese Abweichung nicht verändert.

Dagegen mußte die äußere Form der Procedur allerdings ein sehr verändertes Ansehen gewinnen, wenn man den Streit nicht mehr durch Erlassung des Zahlungsmandats und unter Zulassung gleichzeitiger Verhandlungen über die Rechtmäßigkeit des Mandats, sondern durch eine einfache Citation unter Anweisung einer bestimmten Reihenfolge der einzelnen Verhandlungen eröffnete, und, wie dort den Anfang, so hier den Schluß mit der Erlassung oder nach Umständen Abschlagung des beantragten Mandats machte.

Am häufigsten mußte die letztere Art des Verfahrens bei exekutorischen Privaturkunden vorkommen, da bei diesen die vorgängige Rekognition als eine Vorbedingung der exekutorischen Wirksamkeit galt.[21]) Hier konnte also regelmäßig nicht

---

19) Statut von Ancona vom J. 1357. Lib. II. cap. III. Belegst. S. 210, 211. — Statut von Tivoli Lib. II. cap. VI. Belegst. S. 221, 222. — Statut von Velletri Lib. II. cap. XV. Belegst. S. 280. Statut von Cori Lib. II. cap. 8. Belegst. S. 285.

20) In ähnlicher Weise, wie das Liquidationsverfahren aus einer exekutorischen Urkunde, welche über die Leistung eines dem Betrage nach unbestimmten Interesse verlautet. Vgl. oben S. 109. — Siehe auch Statut von Lucca, Cap. CXXII. Belegst. S. 267 a. E. verb. sin autem elegerit creditor suum interesse etc.

21) Die Rekognition konnte jedoch auch schon vor Anstellung der Exekutivklage erfolgt seyn, entweder gelegentlich oder in Folge einer

mit dem Zahlungsmandat, sondern nur mit einer citatio ad recognoscendum begonnen werden.[22])

§. 19.

Das weitere Verfahren nun war, jenachdem auf die Exekutivklage ein mandatum cum clausula oder eine simplex citatio verfügt worden war, folgendes:

I. Im Falle eines mandatum cum clausula, und zwar

1. mit Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher der Beklagte seine Einwendungen vorbringen durfte.

a. Hatte der Beklagte innerhalb dieser Frist keine Einwendungen gemacht, so wurde sofort nach Ablauf derselben durch einfaches Dekret der wirkliche Vollzug der angedrohten Exekution angeordnet.[1])

b. Dasselbe mußte wohl geschehen, wenn der Beklagte nur absolut unzulässige Einwendungen vorgebracht hatte.

---

selbstständigen Klage; s. Baldus in Auth. contra qui propriam C. de non num. pec. Belegst. S. 114. Alsdann unterliegt es keinem Zweifel, daß auch aus einer exekutorischen Privaturkunde der Prozeß mit einem mandatum de solvendo eröffnet werden konnte. Es pflegen auch die Statuten meistens ganz im Allgemeinen die Gleichstellung der Privaturkunden mit den öffentlichen auszusprechen, indem sie die Nothwendigkeit der Rekognition als etwas, was nebenbei in Rücksicht kommt, berühren.

22) Statut von Ancona vom Jahr 1450. Belegst. S. 213. — Statut von Tivoli Lib. II. cap. 6. in f. Belegst. S. 222.

1) Rolandinus de proc. contra reum confessum. Belegst. S. 64, 65. — Statut von Padua, Belegst. S. 195, verb. Et si reus non contradixerit etc. — Statut von Genua, Belegst. S. 229, 230, verb. Et servatis praedictis. — Statut von Rom Lib. I. cap. 75. Belegst. S. 308. verb. Quibus diebus etc. — Lib. V. cap. 5. Belegst. S. 243. Innerhalb dieser Frist mußte es dem Beklagten auch gestattet seyn, von der dem Richter vorgelegten Urkunde, deren Vollstreckung beantragt ist, Einsicht zu nehmen.

c. Hatte der Beklagte Einreden vorgebracht, welche nicht an sich unzulässig waren, so kam es nun darauf an, dieselben in continenti zu erweisen.[2]) Jenachdem dieser schleunige Beweis geliefert wurde oder nicht, beschloß der Richter die Abweisung des Klägers und die Einstellung des Exekutionsverfahrens oder die Verurtheilung des Beklagten und die Fortsetzung des Exekutionsverfahrens, und zwar in der Regel durch ein förmliches Erkenntniß: pronunciatio s. sententia utrum post exceptionem procedendum sit an non contra reum, sententia de exequendo vel non exequendo.[3])

Unter schleunigem Beweise aber verstand die gemeinrechtliche Doktrin einen Beweis, welcher so schnell geliefert wird, daß dadurch der natürliche Lauf des Exekutionsverfahrens nicht aufgehalten wird.[4]) Der Beweisführer war daher

---

2) Ant. de Canario num. 15. Belegst. S. 149. verb. quam paratus sum in continenti etc. — Statut von Padua, Belegst. S. 196, verb. Si autem reus etc. — Statut von Neapel, Belegst. S. 202, verb. nisi in promptu et in ipso instanti etc. — Statut von Mailand, Belegst. S. 218. — Statut von Sezza, Belegst. S. 249, verb. Et si neget etc. — Statut von Perugia, Belegst. S. 254, verb. Et opponens etc.

3) Rolandinus l. c. Belegst. S. 67. — Statut von Padua vom J. 1258, Belegst. S. 198, verb. pronunciet sententiam vel praeceptum mereri executionem vel non mereri. — Statut von Genua, Belegst. S. 226, verb. quo elapso magistratus teneatur pronunciare in causae dictae executionis etc. — Statut von Vicenza, Belegst. S. 240. — Statut von Rom, Belegst. S. 243. — Statut von Lucca, cap. CXXII. Belegst. S. 268. — Statut von Triest Lib. II. rubr. 9. Belegst. S. 288, verb. et statim feratur sententia.

4) Bartolus in L. 4. §. 6. D. de re jud. num. 4. Belegst. S. 106. — Idem super constitutione Ad reprimendum, ad v. summarie num. 4. (Consilia, quaestiones et tractatus D. Bartoli. Lugd. 1552. fol. 100. oder S. 33 Z. 10 der oben

an keine bestimmte Frist gebunden; wenn er nur mit seinem Beweise eher aufkommen konnte, als die Exekution verhängt war.[5]) Die Stadtrechte gestatten gewöhnlich eine genau bestimmte Frist, innerhalb welcher der Beweis angetreten und vollführt werden muß, terminus ad probandum et probatum habendum. Diese Frist fiel bald mit der Oppositionsfrist zusammen,[6]) terminus ad opponendum, probandum et probatum habendum, bald wurde sie neben der Oppositionsfrist noch besonders gestattet.[7]) Was nun innerhalb derselben erwiesen wurde, das war in continenti erwiesen. — Mit welchen Beweismitteln der Beklagte den ihm obliegenden Beweis führen wollte, war an sich gleichgültig, wenn er denselben nur rechtzeitig lieferte.[8]) Vorzüglich geeignet zu einem schleunigen Beweise waren allerdings zu allen Zeiten schriftliche Urkunden.[9]) Auch war

---

§. 17. Note 2. allegirten Ausgabe.) — Ant. de Canario num. 19. Belegst. S. 192.

5) Rolandinus de proc. contra reum conf. Belegst. S. 65. verb. Sed bene potest reus etc. — Ant. de Canario l. c.

6) Z. B. Statut von Rom Lib. I cap. LXXV (Belegst. S. 243): Quas exceptiones vel earum alteram possit debitor opponere et oppositas probare debeat infra X dies utiles, computandos a die, pro qua debitor citatus fuit ad videndum productionem instrumenti.

7) Dieß scheint in späteren Zeiten das gewöhnlichere gewesen zu seyn; so z. B. in den meisten Statuten, welche in den Belegstellen mitgetheilt sind.

8) Ant. de Canario l. c.

9) Idem l. c. verb. ex quo patet, quod si executio deberet fieri ex forma statuti realiter et personaliter . . . quod tunc nulla exceptio probanda admitteretur, nisi ea, quae momento probari posset, forsitan per aliud publicum instrumentum. — Aber auch durch den Gebrauch von Interrogationen war leicht ein schleuniger Beweis herzustellen; vgl. Statut von

es eine althergebrachte Sitte, daß man sich in Schuldurkunden zu größerer Sicherheit des Gläubigers durch eine besondere Klausel verpflichtete, den Beweis der Zahlung oder anderer Erlöschung der Schuld auf keine andere Weise als durch schriftliche Urkunden zu liefern.[10]) Aus diesen Verhältnissen erklärt sich wohl die hier und da vorkommende, auch in die Stadtrechte übergegangene Ansicht, daß der Beweis der Einreden im Exekutivprozeß überhaupt nur durch schriftliche Urkunden geführt werden dürfe.[11]) Allgemeine Anerkennung hat dieselbe niemals erlangt.[12])

Genua vom J. 1589. Lib. II. cap. III, verb. Declarato quod non etc. Belegst. S. 232, — Lib. II. cap. XIV, verb. teneatur citatus respondere, ut supra, scil. cum juramento et sub vinculo juramenti veritatem dicere. Belegst. S. 234.

10) Rolandinus und Durantis in ihren Formularien zu Schuldurkunden Belegst. S. 62 und S. 78.

11) Guido de Suzaria de instr. guar. num. 1. Belegst. S. 35. — Bartolus in L. 60. D. de cond. indeb. num. 12. Belegst. S. 99. — Angelus in L. 5. D. de jurejur. num. 1. Belegst. S. 118. — Idem in L. 60. D. de cond. indeb. num. 4. Belegst. S. 118. — Castrensis in L. 7. §. 12. D. de pactis. Belegst. S. 142. u. A. m. — Vgl. Statut von Neapel rub. Practica super tenore instrumenti. Belegst. S. 204. — Statut von Florenz nach Ludov. Pontanus cons. 76. num. 8. Belegst. S. 136. — Statut von Perugia, Belegst. S. 254 u. 258. — Statut von Lucca cap. CXXIX, Belegst. S. 270, 271. — Statut von Pistoja, Belegst. S. 274, verb. Et contra dicta etc. — Vgl. auch Statut von Triest Lib. II. rubr. 8., Belegst. S. 288, und Statut von Genua, Belegst. S. 226, verb. Et si fuerit.

12) S. Statut von Padua vom J. 1258, Belegst. S. 198, verb. Et si debitor etc. (Zeugen.) — Statut von Mailand, Belegst. S. 219, verb. Ita tamen etc. (Eideszuschiebung.) — Statut von Genua, Belegst. S. 226, verb. Possit tamen reus etc. (Zeugen.) — Statut von Vicenza, Belegst. S. 239, verb. Possit tamen pars etc. (Zeugen.) — Statut von Lucca cap. CXXIX. in f. Belegst.

2. War dem Beklagten eine Tagfahrt bestimmt, in welcher er seine Einwendungen vorzubringen hatte, so begann die Verhandlung gewöhnlich damit, daß der Kläger die Urkunde, deren Vollstreckung er beantragt hatte, dem Beklagten zur Einsicht vorlegte, productio instrumenti. Hiermit war wohl eine bestimmte Aufforderung an den Beklagten zur Erklärung über die Aechtheit der Urkunde und die Wahrheit ihres Inhalts in der Regel — wenigstens bei öffentlichen Urkunden — nicht verbunden, sondern es blieb dem Beklagten überlassen, die Einwendungen, welche er in beiden Beziehungen hatte, vorzubringen, indem er in allen den Punkten, welche er mit Stillschweigen überging, als geständig erachtet wurde. — Manche Statuten aber verordnen allerdings ein förmliches, nicht nur auf die Aechtheit der Urkunde, sondern auch auf den Inhalt derselben gerichtetes Rekognitionsverfahren, wobei der Beklagte seine Erklärung eidlich zu bekräftigen verpflichtet war. 13)

Das weitere Verfahren nach der Produktion war dasselbe wie im vorigen Falle.

II. Im Falle einer simplex citatio.

1. Wenn diese Ladung keinen bestimmten Auftrag an den Beklagten enthielt, in der angesetzten Tagfahrt seine Einwendungen vorzubringen, so diente der Termin lediglich zur

---

S. 271. (Hiernach ist der Zeugenbeweis in gewissen Fällen ausnahmsweise gestattet.)

13) Statut von Neapel, Belegst. S. 202. — Vgl. auch Statut von Sezza (Belegst. S. 249.): facta productione dicti instrumenti . . . statim cum juramento interrogetur ille, contra quem producitur, si debitum in instrumento contentum confiteatur aut neget. — Statut von Cori Lib. II. cap. 8, Belegst. S. 285.

Produktionshandlung, und es wurde hiernächst eine besondere Frist ad opponendum eröffnet.[14])

2. War aber der Beklagte schon zur ersten Tagfahrt ad opponendum geladen worden, so mußten in derselben nach vorgängiger Produktionshandlung des Klägers sämmtliche Einwendungen des Beklagten vorgebracht werden.[15])

Hatte derselbe an sich zuläßige Einwendungen vorgebracht, so wurde ihm entweder Kraft des Gesetzes oder aus richterlichem Auftrage die Frist ad probandum et probatum habendum eröffnet.[16])

Hatte aber der Beklagte keine Einreden vorgeschützt, oder die vorgeschützten Einreden innerhalb der statuirten Beweisfrist nicht erwiesen, so wurde nunmehr das mandatum de solvendo erlassen und nach abgelaufener Zahlungsfrist ohneweiters exequirt.[17]) —

Das Verfahren aus exekutorischen Privaturkunden hat außer der Nothwendigkeit einer den übrigen Verhandlungen vorausgehenden Rekognition nichts Eigenthümliches. Das Rekognitionsverfahren war interrogatorisch.[18]) Der Beklagte mußte sich über die Aechtheit der Urkunde eidlich erklären.

---

14) Statut von Tivoli Lib. II. cap. VI. Belegst. S. 221, 222. — Statut von Sezza, Belegst. S. 249.

15) Statut von Cori Lib. II. cap. 8. Belegst. S. 285.

16) Statut von Tivoli a. a. O. — Statut von Sezza a. a. O. — Statut von Cori Lib. II. cap. 5, Belegst. S. 284, verb. Sed. si debitor.

17) Statut von Tivoli a. a. O. „quo termino elapso si ipse reus in probatione praedictorum defecerit, detur eidem terminus ad solvendum . . . et executioni mandetur. — Statut von Cori, Belegst. S. 285. — Statut von Velletri Lib. II. cap. XV. verb. Et si infra dictum terminum etc. Belegst. S. 280.

18) Baldus in Auth. Contra qui propriam C. de non num. pec. — Statut von Genua, De positionibus etc. Belegst. S. 233, 234.

Läugnete er, so konnte der Beweis der Aechtheit von dem Producenten auf beliebige Weise geführt werden, durch Zeugen, Schriftvergleichung und dergleichen.[19])

Sobald nun die Aechtheit der Urkunde, — sey es nun durch das Anerkenntniß des Beklagten oder durch die Beweisführung des Klägers, — hergestellt war, begann das eigentliche Exekutivverfahren wie aus öffentlichen Urkunden.

§. 20.

Es versteht sich von selbst, daß in allen Fällen das Erkenntniß im Exekutivprozeß nicht auf einen Ausspruch über die Schuld oder Nichtschuld, sondern, jenachdem verurtheilt oder freigesprochen wird, nur auf Gestattung oder Verweigerung des beantragten Exekutions- respektive Zahlungsmandats gerichtet seyn durfte.[1])

Ob gegen die im Exekutivprozeß vorkommenden Erkenntnisse die Appellation zuläßig sey, und mit welcher Wirksamkeit, darüber war die Doktrin lange schwankend. Auch diese Frage wurde an die herrschenden Grundsätze über die Zuläßigkeit der Appellation im gemeinen Exekutionsverfahren angeknüpft. Hier unterschieden Manche zwischen der executio facti, wohin die Erlassung eines Exekutionsmandats durch einfaches Dekret gehört,[2]) und zwischen der sententia de exequendo, indem sie die Appellation in jenem Falle zuließen, in diesem

19) Statut von Ancona vom J. 1450. cap. IX. Belegst. S. 213. — Statut von Tivoli Lib. II. cap. VI. in f. Belegst. S. 222. — Statut von Rom Lib. I. cap. LXXVI. Belegst. S. 245. — Statut von Triest Lib. II. rubr. 9. Belegst. S. 287.

1) Ant. de Canario num. 85. Belegst. S. 163.

2) Durantis Lib. II. Part. III. rubr. de appellatione. Belegst. S. 82. num. 6. verb. praecipit executori, ut capiat pignori res.

aber verwarfen.[3]) Die Mehrzahl aller Autoritäten aber verwarf die Appellation in beiden Fällen, nisi executor excedat modum in exequendo.[4]) Allein auch hiermit verstand man nicht die Verwerflichkeit der Appellation schlechtweg, sondern nur die Unzulässigkeit des Suspensiveffekts.[5])

---

3) So namentlich die Glosse zu L. 5. C. quor. appell. non recip. ad v. Ab executione, und zu L. 4. D. de appell. ad v. Ab executore. Vgl. Statut von Lucca, Cap. CXXII. Belegst. S. 268.

4) Joannes Andreae, Belegst. S. 82. — Cinus in L. 5. C. quor. app. non rec. Belegst. S. 90, 91. — Baldus, Belegst. S. 162. Note 68. — Ant. de Canario num. 83—85, Belegst. S. 161—163, und die dort angeführten Schriftsteller. — S. auch Statut von Tivoli, Belegst. S. 222, — und Statut von Genua, Belegst. S. 228.

5) Ant. de Canario num. 86. Belegst. S. 164. — Sigism. Scaccia Tr. de appellationib. Quaestio XVII. Limitatio IX. num. 51: „Sublimita declarando, ut, quod initio limitationis dixi (in executivis non appellatur), non dari executionem, procedat quoad effectum suspensivum; sed ad effectum devolutivum datur appellatio." — Statut von Genua vom Jahr 1498 Lib. II. cap. II. verb. A sententiis etc. Belegst. S. 228; und Lib. I. cap. XXVI. Belegst. S. 228, 229. — Statut von Perugia Vol. II. rubr. 29. verb. Et ab executione etc. Belegst. S. 257. — Statut von Pistoja Lib. II. rubr. XXXIV. verb. Et a pronunciatione etc. Belegst. S. 276. — Statut von Velletri Lib. II. Cap. XIX. verb. statim appellatione postposita. Belegst. S. 281.

Drittes Kapitel.

Praxis der geistlichen Gerichte.

Schriftsteller: ANTONIUS MASSA GALESIUS, civis Romanus, ad formam cameralis obligationis. In den Tractatus illustrium jurisconsultorum. Venet. 1584. Tom. VI. P. II fol. 349—365 ᵇ.

Schrieb um's Jahr 1500.

§. 1.

Auch bei den geistlichen Gerichten des Mittelalters waren exekutorische Instrumente schon sehr frühe im Gebrauch, nehmlich vor Wilhelm Durantis (1237—1296). Zuerst bediente sich derselben die päpstliche Kammer, um sich die ihr für Verleihung geistlicher Pfründen zufließenden Annaten und andere Servitien zu sichern.[1]) Daher erhielten sie den Namen obligationes camerales, obligationes in forma camerae, welcher auch später beibehalten wurde, als der Gebrauch dieser Obligationen dem gewöhnlichen Privatverkehr bekannt und zugänglich geworden war.[2])

---

1) Galesius ad form. cam. obl. P. I. qu. 2. num. 1. fol. 350.
2) Galesius P. III. partic. 2. num. 3. fol. 360ᵇ: manifesta atque adeo notoria est ea forma (sc. obligationis cameralis),

Auch bei diesen Instrumenten war die Absicht auf parate Exekution, wie aus einem rechtskräftigen Erkenntnisse, gerichtet; und diese Wirksamkeit beruht auch hier ganz auf derselben Grundlage, wie bei den guarentigiirten Urkunden der Stadtrechte, nehmlich auf der Fiktion einer confessio in jure und des darauf ergangenen mandatum s. praeceptum de solvendo executivum, wodurch man die Uebereinstimmung des gemeinen Rechts vollständig erzwungen zu haben glaubte; ja merkwürdiger Weise war der Glaube daran so stark, daß sich das Ansehen und der Gebrauch der Cameralobligationen Jahrhunderte lang und bis zum Jahr 1570 blos durch die Praxis ohne Dazwischenkunft der Gesetzgebung erhalten hat. [3])

Das Mittel, welches man zur Zeit des Durantis gebrauchte, um eine Schuldurkunde exekutorisch zu machen, war auch hier die Simulation eines Prozesses: [4]) die Kontrahenten

---

ut nedum judicibus, sed rusticis etiam et muliebribus sit cognita.

3) Galesius P. I. qu. 2. num. 11. 12. fol. 351b: Fundatur autem hujus executionis privilegium in confessione potissimum judiciali, quae confessio de jure communi paratam habet executionem: quia habet vim sententiae et rei judicatae; L. proinde §. notandum ff. ad l. Aquil. L. un. C. de confess. L. si debitores et L. post rem ff. de re jud. — Idem l. c. qu. 3. num. 2: non aretamur verbis alicujus statuti, sed duntaxat ipsius obligationis verbis secundum juris communis dispositionem interpretandis. — Sigism. Scaccia de judiciis Lib. I. cap. 62. num. 17.

4) Durantis Speculum jud. Lib. II. part. 2. rubr. de renunciatione et conclusione. num. 33. Ed. Basil. 1563. Vol. I. pag. 712: „ultimo nota illud, quod in Romana curia frequentatur: nam aliquo Praelato seu alio mutuo pecuniam recipiente fit super hoc contractu publicum instrumentum; postmodum vero contrahentes accedunt ad aliquem auditorem,

nehmlich kamen mit der Vertragsurkunde vor den Auditor; der Gläubiger klagte; der Schuldner legte die confessio ab; der Auditor erließ das praeceptum de solvendo in folgender Weise:[5])

Universis etc. talis auditor salutem in Domino. Noverit universitas vestra, quod constitutis in praesentia P. et G. idem G. petiit, sibi sententialiter condemnari dictum P. in centum lib., in quibus tenebatur eidem, prout patet per publicum instrumentum manu talis notarii confectum, protestans etiam de expensis damnis et interesse, [Vel dic: Idem[6]) P. petitionem obtulit in haec verba: coram etc.[7])] dictus vero P. volens bonam fidem agnoscere, et nolens sumptibus et litibus inaniter se gravare, litem contestando *) confessus fuit in judicio coram nobis, petita vera esse et se ad praemissa teneri, sed cum tunc solvere non posset, obtulit et promisit se talibus loco et tempore G. vel ejus nuncio hoc instrumentum restituenti integre dictum debitum soluturum. Nos igitur auditis et intellectis confessione et protestatione praedictis in judicio habitis coram nobis, viso quoque ipsius debiti publico instrumento, Christi nomine invocato, de consensu et voluntate expressa dictorum P. et G., qui se sponte nostro judicio submiserunt, eis praesentibus et sententiam postulantibus, in his scriptis dic-

---

coram quo creditor petit sibi satisfieri de debito, prout in ipso instrumento continetur; et is, qui recepit, confitetur id coram eo, supponens se jurisdictioni ipsius, ita quod, nisi statuto tempore solverit, in eum sententiam excommunicationis ferat et aliter procedat, prout conventum fuerit inter partes."

5) Durantis l. c.

6) Leg. eidem.

7) Hier ist die Formel eines Klaganrufens, einer qualisqualis petitio loco libelli, gemeint.

*) Gegen die oben (Kap. II. §. 7. S. 60) nachgewiesene Regel.

tum P. ad solutionem dictae pecuniae faciendam eidem G. vel ejus nuncio sententialiter condemnamus: praecipientes eidem P., ut ipsi G. seu ejus nuncio hoc praesens instrumentum restituenti dictis loco et termino integre satisfaciat de pecunia memorata. Nos enim ex nunc trina monitione praemissa in ipsum P. ejus accedente consensu expresso in his scriptis excommunicationis sententiam proferimus, si dictis loco et termino cessaverit in solutione praefata vel aliquo praemissorum. Et si in dicta solutione cessaverit, damus de consensu et voluntate dicti P. liberam potestatem eidem G., quod ex tunc sua auctoritate sine alia monitione vel alterius licentia eum possit, ubi et quando sibi videbitur, tamdiu facere excommunicatum publice pronunciari, quousque dictus P. plene satisfecerit dicto G. Quae omnia et singula dictus P. acceptavit et approbavit et promisit solenniter se ea observaturum et in nullo contraventurum sub debito corporaliter praestiti juramenti, promittens, quod non appellabit nec ullam exceptionem proponet, item quod non opponet, dictam sententiam ante terminum solutioni praefixum fore prolatam. In cujus rei testimonium etc.

Uebrigens konnte die obligatio in forma camerae auch durch einen Specialbevollmächtigten eingegangen werden, weßhalb Durantis an einem anderen Orte [8]) ein allen vorstehenden Klauseln entsprechendes Vollmachtsformular gibt.

§. 2.

Galesius theilt aus einem alten Konceptbuche der päpstlichen Kammer [1]) noch zwei Formularien mit, welche er

8) Lib. I. partic. III. Rubr. de procuratore. §. de formis procurationum num. 21. Ed. Basil. 1563. Vol. I. pag. 211.

1) Galesius. P. I. qu. 2. num. 2. fol. 350b.

für älter zu halten scheint, als das des Durantis.[2]) Sie enthalten gleich diesem ein mandatum s. praeceptum in confessum, allein Nichts, was auf die Simulation eines vorgängigen Rechtsstreits hindeutet, so daß das Ganze schon mehr den Charakter einer confessio per modum jurisdictionis voluntariae an sich trägt. Nach Maaßgabe der Wahrnehmungen, welche die Geschichte der stadtrechtlichen Guarentigia darbietet, sollten wir daher das Formular des Durantis für älter halten.[3]) Indessen sind jene Formularien des Galesius, gemäß der ursprünglichen Bestimmung der Cameralobligation, nur auf das Versprechen der Servitien für Verleihung geistlicher Pfründen gerichtet, wobei freilich die Simulation eines vorgängigen Rechtsstreits durchaus unpassend gewesen wäre. Hierdurch wird die Entscheidung über das Alter derselben äußerst unsicher. Leicht möglich ist es übrigens, daß diese Formularien gleichzeitig mit dem des Durantis im Gebrauche waren: jene für den speziellen Gebrauch der päpstlichen Kammer, dieses für den Gebrauch des Privatverkehrs.

Jene Formularien des Galesius lauten, wie folgt:

I. Vos Domine N. Patriarcha, N. Archiepiscope, N. Episcope, vel N. Electe; de licentia et auctoritate Apost. vobis in hac parte concessa gratis et sponte offertis, dare promittitis et donatis pro vestro communi servitio Camerae Sanctissimi in Christo patris et Domini nostri D. G. Papae XI et sacro collegio . . . Cardinalium, videlicet Florenos tot auri de Camera . . et quinque servitia consueta . . . . . Item recognoscitis eidem Camerae et collegio . . omnes illas pecuniarum quantitates, in quibus praedicta vestra ecclesia

2) Er kennt auch dieses und theilt es vollständig mit.

3) Womit auch Scaccia de judiciis Lib. I. cap. LXII. num. 17. übereinstimmt.

reperietur . . . pro aliquorum praedecessorum vestrorum personis obligata. Quos quidem Florenorum tot cum quinque servitiis et recognitis supradictis promittitis reddere et solvere realiter cum effectu in Rom. Curia, ubicunque fuerit, videlicet . . Dominis . . . Camerariis, vel eorum successoribus aut deputatis ab eis, medietatem scilicet in festo N. et aliam medietatem in festo N., recognita vero in alio N. festo simili. Quod si dictis loco et terminis dictam florenorum summam et quinque servitia consueta et recognita supradicta non solvatis, ut est dictum, promittitis redire ad Romanam Curiam infra quatuor menses post elapsos terminos . . et coram dictis Dom. Camerariis . . . personaliter comparere et inde non recedere, donec per vos fuerit de praedictis integraliter satisfactum. Super hoc obligatis vos et Ecclesiam vestram et successores vestros ac omnia bona Ecclesiae vestrae mobilia et immobilia, praesentia et futura, ubicunque sint et consistant. Et, ut sitis vinculo fortioris obligationis adstricti, submittitis vos et vestros successores jurisdictioni et coerctioni dictorum Dom. Camerariorum et cujuslibet eorundem in solidum ac etiam successorum suorum et deputandorum ab eis. Et de voluntate vestra, qui hoc vultis et petitis et hanc jurisdictionem in eos prorogatis, praefati Dom. Camerarii et quilibet eorum eandem jurisdictionem in se suscipientes et suscipiens in vos mandatum faciunt et praeceptum, ut de re confessa, de solvendo dictam florenorum summam et quinque servitia ac recognita supradicta et de reveniendo ad Romanam Curiam et de non recedendo ab ea absque satisfactione, et quod omnia et singula supradicta efficaciter compleatis et attendatis. Quod si non feceritis, suspensionem ab administratione spiritualium et temporalium dictae Ecclesiae et ab

executione pontificalium, et majoris excommunicationis sententias ex nunc, prout ex tunc, in vos Canonica admonitione praemissa proferunt in his scriptis; comminantes nihilominus dicti Dom. Camerarii et quilibet eorum, se contra vos . . processuros absque alia vocatione seu monitione ad graviores poenas et sententias spirituales et temporales et aggravationes earum, prout eis seu eorum alteri placuerit et visum fuerit expedire; et quod vos denunciabunt seu denunciari facient per se vel alium vel alios excommunicatum, suspensum, perjurum et aliis poenis et sententiis adstrictum, quas propter hoc in vos duxerint proferendas. Et vos . . . renunciatis super hoc omnibus literis, privilegiis, indulgentiis Apostolicis impetratis vel impetrandis . . et beneficio applicationis (leg. appellationis) et restitutionis in integrum ac omni foro, usui, praescriptioni et juri revocandi domum et omni auxilio juris Canonici et civilis, per quod contra praemissa de jure vel de facto venire possetis vel aliquod praemissorum. Et omnia praemissa et singula juratis ad sancta Dei evangelia tenere, servare, approbare et in contrarium non venire directe vel indirecte per vos aut alium seu alios. Si vero ante satisfactionem hujusmodi contingat vos (Dom. N. Patriarcham, N. Archiepisc.) mori, cedere vel transferri, et ille vel illi, qui ad regimen ipsius Ecclesiae vobis substitutus vel substituti fuerint, infra quatuor menses post substitutionem et dictae ecclesiae possessionem adeptam de praedictis florenis et servitiis ac recognitis satisfacere non curaverint, ex nunc, prout ex tunc, easdem poenas et sententias in eosdem substitutos et eorum quemlibet proferunt et infligunt in his scriptis. Prout dictum est et narratum auctoritate dictorum Dominor. Cardinalium et nostra proferimus in his scriptis. Et vos Dominum Patriarcham

etc. petentem et requirentem ad praedicta recitata condemnamus. Et nihilominus monemus vos semel et secundo tertio et peremtorie et sub excommunicationis poena, ut praedicta adimpleatis attendatis et observetis. Alioquin excommunicationis sententiam in vos proferimus in his scriptis.

Et vos Domine Patriarcha, Archiepiscope etc. vultis, quod per nos Clericos vel Notarios Camerae, qui sumus hic praesentes, de praemissis omnibus et singulis fiant unum vel plura publica instrumenta.

II. Das zweite Formular stimmt hiermit wörtlich überein, nur daß es nicht an den Verpflichteten selbst, sondern an einen Bevollmächtigten desselben gerichtet ist:

Vos Domine vel Magister talis, Procurator Domini N. Patriarchae, Archiepiscopi etc., in personam Domini vestri, a quo plenam potestatem et speciale mandatum ad omnia et singula infrascripta peragenda habetis, prout legitime constat, de licentia et auctoritate apostolica ipsi Domino vestro et vobis in personam sui et pro eo in hac parte concessa gratis et sponte nomine dicti Domini Episcopi offertis dare, promittitis et donatis pro communi servitio dicti Domini vestri . . . videlicet tot florenorum auri u. s. w. wie oben.

§. 3.

Alle bisher mitgetheilten Formularien entsprechen nach Form und Inhalt so sehr den Erfobernissen der stadtrechtlichen Guarentigia, daß die älteren Canonisten selbst annahmen, die obligatio cameralis enthalte das pactum guarentigiae. [1])

1) Galesius P. I. qu. 2. num. 13. 14. fol. 351b. — Vgl. Scaccia l. c. num. 22.

Ja es ist die Idee, welche der Guarentigia zu Grunde liegt, in der Cameralobligation offenbar noch konsequenter durchgegeführt, als in den guarentigiirten Urkunden: insofern sich nehmlich die Formel der Cameralobligation nicht auf einen einfachen Zahlungsbefehl, wie das praeceptum guarentigiae war,[2] beschränkt, sondern zugleich strenge Exekution androht, und das den geistlichen Gerichten eigenthümliche Exekutionsmittel durch Beifügung der eventuellen Exkommunikationssentenz so zubereitet, daß der Gläubiger davon nach Ablauf der Zahlungsfrist den unmittelbarsten Gebrauch machen könne.

Diese Form der Cameralobligation, welche man zum Unterschiede von der später aufgekommenen die obligatio cum susceptione censurarum et mandati executivi nannte, scheint bis um die Zeit des Kostnitzer Konzils (1414—1418) ohne namhafte Anfechtung gebraucht worden zu seyn. Damals aber wurde sie, wie Galesius berichtet,[3] von einem gewissen Nicolaus de Clamengiis in einer Schrift de annatis non solvendis heftig angegriffen; ob wegen der Unhaltbarkeit ihrer rechtlichen Grundlage oder wegen des Mißbrauchs der Exkommunikation, wird nicht gesagt. Galesius erklärt diesen Nicolaus zwar für einen unwissenden, abgeschmackten und dummen Menschen und behauptet, die obligatio cum susceptione censurarum et mandati executivi sey damals schon nicht mehr im Gebrauch gewesen; er hat aber in beiden Beziehungen Unrecht. Daß diese Form der obligatio cameralis selbst noch zur Zeit des Galesius nicht gänzlich außer Gebrauch gekommen war, geht aus dem eigenen Traktat desselben hervor;[4])

---

2) Vgl. oben S. 111.

3) Galesius l. c. num. 3. in f. fol. 351.

4) Galesius P. I. qu. 3. ad partic. III. obligationis. num. 7. fol.

und von Nicolaus de Clamengiis finden sich in der Lyoner Traktatensammlung von 1549 [5]) einige kleine Schriften, welche weder einen ungelehrten, noch abgeschmackten, noch dummen Verfasser verrathen. Uebrigens war die Anfechtung der alten Cameralobligation, wenn man sie auch nur vom juristischen Gesichtspunkt betrachtet, wahrlich nicht schwer und ist gewiß vor und nach Nicolaus de Clamengiis, wenn auch nicht in besondern Schriften, doch vor Gericht, oft genug vorgekommen. [6]) Die Aufdeckung solcher Blößen durfte nur einmal öffentlich geschehen und sie war ihres Erfolges gewiß. [7])

§. 4.

Um nun den Bedenken, welche sich gegen die alte Cameralobligation erhoben hatten, auszuweichen, erfand man eine neue Formel, welche zur Zeit des Galesius die gewöhnliche war und sich von der älteren dadurch wesentlich unterschied, daß man die confessio judicialis und das mandatum executivum nicht sofort in die Vertragsurkunde aufnahm, [1]) auch nicht alsbald nach deren Errichtung und vor Ablauf der im Vertrage bedungenen Zahlungsfrist durch einen besonderen Akt beifügte, [2]) sondern in der Vertragsurkunde selbst einem oder mehreren, ja unbestimmt allen gegenwärtigen und zukünftigen Prokuratoren Spezialvollmacht ertheilte, nach eingetretener Verfallzeit im Namen des Schuldners auf Anrufen des Gläubi-

354; — Idem P. III. partic. 2 §. 3. num. 56. 57. fol. 363b und öfter.

5) Vol. V. fol. 120—122.

6) Vgl. Galesius P. I. qu. 2. num. 7. num. 15. fol. 351b.

7) Zumal um die Zeit des Kostnitzer Konzils, auf welchem die Abgabe der Annaten so heftig bestritten wurde.

1) Wie in den alten Formularien des Galesius.

2) Wie in dem Formular des Durantis.

gers vor Gericht zu erscheinen, die confessio abzulegen und das praeceptum de solvendo executivum entgegen zu nehmen.

Auch in dieser Form hatte man daher die ursprüngliche Grundlage des Instituts der exekutorischen Urkunden nicht verlassen, [3]) sondern nur die gewaltsame Fiktion eines Rechtsstreits über unbestrittene Rechtsverhältnisse vermieden.

Das Formular dieser neueren Cameralobligation gibt Galesius [4]) folgendermaaßen:

Pro quibus omnibus et singulis tenendis, complendis et inviolabiliter observandis idem A. debitor se ipsum et suos in posterum heredes et successores ac omnia et singula sua . . . bona mobilia et immobilia . . . dicto B. praesenti . . . obligavit et hypothecavit.

Ac etiam Curiae causarum Camerae D. N. Papae ejusque Camerarii, Vicecamerarii, Auditoris, Viceauditoris, Regentis, Locumtenentis et Commissarii ac omnium et singularum aliarum curiarum ecclesiasticarum et secularium ubilibet constitutarum jurisdictionibus, rigoribus, stylis et meris examinibus supposuit et submisit.

Per quas quidem curias et earum quamlibet in solidum, tam conjunctim quam divisim, voluit et expresse consensit, se et suos praedictos (sc. successores) posse et debere cogi, compelli, constringi, moneri et excommunicari, aggravari, reaggravari, et ad brachium seculare deponi, arrestari, incarcerari et detineri uno et eodem tempore vel diversis temporibus . . . usque ad plenariam solutionem praedictorum mille ducatorum auri ac omnium et singulorum damnorum interesse et expensarum praedictarum . . . refectio-

3) Galesius P. I. qu. 2. num. 11. 12. fol. 351b.
4) In prooem. num. 4. fol. 349b.

nem et restitutionem: ita tamen, quod executio unius Curiae executionem alterius non impediat nec retardet, jure dicente, quod ubi judicium incoeptum est, ibidem finem accipere debet, et qualibet alia juris et facti exceptione contrarium faciente non obstante. Renunciavit insuper idem A. omni et cuilibet exceptioni doli mali, vis, metus, fraudis, laesionis, et machinationis, et mille ducatorum . . non mutuatorum . . et non numeratorum . . . omnibusque aliis et singulis exceptionibus, cavillationibus et cautelis, quibus mediantibus contra promissa ipse A. debitor facere, dicere, venire aut se tueri posset: et specialiter juri dicenti generalem renunciationem non valere, nisi praecesserit specialis et expressa. Et ibidem statim et in continenti idem A. debitor pro majori cautela, tutiori securitate dicti B, creditoris, gratis et sponte omnibus melioribus modo, via, jure, causa et forma, quibus melius et efficacius potuit et debuit, fecit, constituit, creavit et solenniter ordinavit suos veros, certos, legitimos et indubitatos Procuratores, Actores, Factores, negotiorumque suorum infrascriptorum gestores ac nuntios speciales et generales, ita tamen, quod specialitas generalitati non deroget neque contra, videlicet providos et discretos viros Dominos N. et N., Romanae Curiae causarum procuratores, et N. et N., ejusdem Curiae Ca. apostolicae notarios, omnesque alios et singulos dominos Procuratores et Notarios, qui nunc sunt et pro tempore futuro erunt in Rom. curia, quorum nomina et cognomina habere voluit pro expressis, absentes tamquam praesentes et quemlibet eorum in solidum, ita tamen, quod non sit melior conditio primitus occupantis nec deterior subsequentis, sed quod unus eorum inceperit, alter eorum prosequi, terminare, mediare valeat et finire ac ad effectum debitum et finem perducere, — scilicet specialiter et expresse

ad ipsius Domini constituentis nomine et pro eo omni tempore et diebus feriatis et non feriatis in termino solutionis praedictorum mille ducatorum auri et post ipsum terminum et quotiens praedicto B. creditori ac suis videbitur et placuerit coram praedicto Camerario, Vicecam., Auditore, Viceauditore, Regente, Locumtenente, Commissario, ejusdem et aliarum curiarum praedictarum officialibus, judicibus seu eorum locumtenentibus comparendum ac ipsum debitum mille ducatorum auri vel partem ipsius semel et pluries confitendum et recognoscendum et ad petendum audiendum et accipiendum dicti Dom. constituentis nomine omne praeceptum omnemque monitionem, condemnationem sententiam atque mandatum, quae quod et quos praefati Domini Camerarius, Vicecamerarius, Auditor et alii judices et officiales seu ipsorum locumtenentes et eorum quilibet contra praedictum Dominum constituentem ejusque haeredes et successores ac bona praedicta facere et promulgare voluerint seu voluerit et eis sponte acquiescendum; nec non submittendum et resubmittendum propterea ipsum dominum constituentem pro praemissis firmiter observandis jurisdictioni curiarum praedictarum et cujuslibet earum; ac ad volendum, consentiendum, quod ipsi Dom. Camerarius, Vicecamerarius, Auditor, Viceauditor, Regens, Locumtenens, Commissarius et alii judices et officiales praedicti in ipsum A. debitorem constituentem excommunicationis sententiam ferant, proferant, promulgent, aggravent, reaggravent, aliosque processus reales et personales gerant et faciant, quos voluerint et dicto creditori B. placuerit et visum fuerit expedire, quousque de dicto debito mille ducatorum et expensarum prae-

dictarum sibi fuerit plenarie et integre ac realiter satisfactum juxta praesentis publici instrumenti seriem et tenorem; et generaliter omnia et singula faciendum, dicendum, gerendum, exercendum et procurandum, quae in praemissis et circa ea necessaria fuerint seu etiam quomodo libet opportuna: promittens mihi Notario publico infrascripto, ut communi et publicae personae, praesenti, stipulanti et recipienti vice et nomine omnium et singulorum, quorum interest, intererit et interesse poterit quomodo libet in futurum, se omni tempore ratum gratum et firmum perpetuo habiturum totum id et quidquid per dictos procuratores suos constitutos et eorum quemlibet actum, dictum, factum, gestumve fuerit in praemissis seu alias quomodo libet procuratum, relevans nihilominus et relevatos esse volens eosdem procuratores et quemlibet ipsorum ab omni onere satisdandi judicio sisti et judicatum solvi cum suis clausulis necessariis et opportunis sub expressa hypotheca et obligatione omnium et singulorum bonorum mobilium et immobilium praesentium et futurorum quorumcunque ac sub omni juris et facti renuntiatione ad haec necessaria pariter et cautela.

Et praemissa omnia et singula praesenti publico instrumento contenta tenere, attendere, complere et inviolabiliter observare contraque ea seu eorum aliqua non facere, dicere vel venire de jure vel de facto, quovis quaesito colore: dictosque procuratores suos constitutos aut eorum aliquem, quousque praefato B. creditori de dicta summa mille ducatorum auri una cum damnis, expensis et interesse praedictis realiter plenarie et integre satisfecerit et praemissa omnia et singula observaverit et adimpleverit, non revocare seu revocari facere promisit et convenit ac ad et super sancta

Dei Evangelia scriptis sacrosanctis per eundem corporaliter sponte tactis juravit. De et super quibus etc.[5])

Diese Formel blieb von nun an ohne wesentliche Abänderung im Gebrauche.[6])

Sie wurde — in ähnlicher Weise wie die clausula guarentigiae — eine so alltägliche Gewohnheitsformel, daß mau sich bald auch damit begnügte, sie in den Vertragsinstrumenten nicht vollständig einzurücken, sondern als eine bekannte Exekutivklausel blos zu allegiren;[7]) z. B.:

Pro quibus omnibus et singulis tenendis complendis et inviolabiliter observandis dictus Dominus N. se ipsum suosque haeredes et successores quoscunque ac sua et illorum bona omnia praesentia et futura in ampliori forma camerae apostolicae cum promissionibus, submissionibus, renunciationibus, poenis, clausulis et cautelis in eadem obligatione in ampliori forma apponi et extendi solitis et consuetis latissime juxta stilum curiae Rom. Domini Auditoris ejusdem camerae quandocunque extendendis obligavit et hypothecavit, renunciando cuicunque appellationi, reclamationi et recursui, per quem exequutio hujusmodi instrumenti retardari seu quo-

---

5) Ein vollkommen ähnliches Formular enthält das formularium contractuum secundum stylum potissime Florentinum. Flor. 1577 8. pag. 402—409.

6) Im Jahr 1570 verbot Pius V. die generelle Bevollmächtigung ad confitendum, indem er verordnete, daß nur solche Anwälte ad confitendum zugelassen werden sollten, welche in der Obligation namentlich genannt sind und diesen Auftrag ausdrücklich angenommen haben; s. Scaccia de jud. Lib. I. cap. LXII. num. 17. Ed. Frcf. 1669. pag. 166.

7) Seitdem nannte man die Obligation mit der vollständigen Formel obligatio in ampliori forma, im Gegensatze zu dieser Abkürzung.

modolibet suspendi posset, et ita tactis corporaliter scripturis sacrosanctis ad sancta Dei Evangelia juravit.[8])

Oder nach dem von Galesius mitgetheilten Formular: Pro quibus sic adimplendis et observandis obligo me in ampliori forma Camerae Apostolicae consueta, cum juramento, (prout ex nunc per Deum vel per Sancta Evangelia juro,) constitutione procuratorum et aliis clausulis in similibus obligationibus poni consuetis, et volo, quod desuper etiam me aliter non citato per quemcunque notarium publicum obligationis hujusmodi instrumentum secundum consuetum notariorum Romanae Curiae in similibus stilum extendi possit.[9])

Daß die obligatio cameralis in der älteren Form (cum susceptione censurarum et mandati executivi) nur in öffentlichen Urkunden eingegangen werden konnte, versteht sich von selbst. Die spätere Form dieser Obligation aber (cum constitutione procuratorum ad confitendum, sowohl in ampliori als in minori forma), ließ den Gebrauch von Privaturkunden sehr wohl zu; und dieser war denn auch zur Zeit des Galesius schon etwas ganz Alltägliches geworden.[10])

Schriftliche Urkunden waren immer erfoderlich.[11]) Dazu aber, daß man der schriftlichen Urkunde als solcher, auch wenn sie die Exekutivklausel nicht enthielt, ein exekutorisches Recht einräumte, ist es niemals gekommen, weil das

---

8) Aus dem in Note 5. angeführten Formularium contractuum. pag. 409.

9) Galesius P. III. partic. I. §. 2. num. 18. fol. 358b.

10) Idem l. c. num. 1. fol. 358: cum . . . quotidie in usu habeamus, quod datur executio virtute privatarum scripturarum, in quibus debitores dicunt se obligari in forma Camerae.

11) Idem l. c. num. 4. fol. 358.

Institut der exekutorischen Cameralobligationen unter dem Einflusse der Gesetzgebung, wie das Institut der guarentigiirten Urkunden, durchaus nicht gestanden ist.

§. 5.

Wie sich aus der materiellen Grundlage der exekutorischen Wirksamkeit der guarentigiirten Urkunden stadtrechtlichen Styls nach einer bestimmten Konsequenz allmählich das System der Prozeßrechte der Parteien und der Prozeßformen entwickelt hat, so mußte sich auch in den Erscheinungen, welche das Verfahren der geistlichen Gerichte aus der Cameralobligation charakterisiren, wesentlich dasselbe wiederholen, was wir bereits im vorigen Kapitel kennen gelernt haben. Diese Gleichförmigkeit war noch besonders gefördert durch das Vorhandenseyn einer bis ins kleinste Detail ausgebildeten, auf der Autorität der angesehensten Lehrer des gemeinen Rechts beruhenden Doktrin. Auch in dem ausführlichen Traktat des Galesius wird daher fast jeder Satz mit den Aussprüchen der bekannten Schriftsteller über die Guarentigia begründet, besonders des Bartolus, Baldus, Antonius de Canario und Benedictus de Barzis.[1])

Insofern jedoch die verschiedenen Formen der Cameralobligation, welche nach und nach in Gebrauch kamen, nach dem Wortlaute ihrer Klauseln in mehreren Punkten sowohl untereinander als auch von der clausula guarentigiae abwichen, mußten allerdings auch im Verfahren manche — wenn auch unwesentliche — Abweichungen zum Vorschein kommen.

1) Auch Cinus, Buttrigarius, Tartagnus, Paulus de Castro, Ludovicus Pontanus, Felinus (geb. 1444, gest. 1503.), Socinus, Fulgosius, Salicetus, Johannes von Imola und überhaupt fast alle Schriftsteller, welche irgend etwas über die Guarentigia geschrieben hatten, werden sehr fleißig angeführt.

Immer zwar blieb die Absicht auf schleunige exekutive Beitreibung, nicht auf materielle Würdigung, der versprochenen Leistung gerichtet; aber um diese Absicht formell zu verwirklichen, war in den meisten Fällen ein mehr oder weniger komplizirtes vorbereitendes Verfahren nöthig.

I. Nur die nach altem Styl cum susceptione censurarum et mandati executivi errichtete Cameralobligation konnte regelmäßig unmittelbare Exekution nach sich ziehen.[2]

II. Bei der jüngeren, zur Zeit des Galesius vorherrschenden Form der Cameralobligation war ein solches unmittelbares Einschreiten gar nicht beabsichtigt. Hier waren also vorbereitende Verhandlungen immer nothwendig.

Um nun zu erkennen, wie sich auch in dem Verfahren aus Cameralobligationen alle wesentlichen Momente des Exekutivverfahrens aus guarentigiirten Urkunden so wie des heutigen Exekutivprozesses wiederfinden, müssen wir dasselbe nach seinen Hauptbestandtheilen etwas näher betrachten:

A. Die Klage, zu deren Begründung die Vorlage der Originalurkunde nothwendig gehört,[3] konnte in allen Fällen

---

2) Galesius P. III. partic. 2. §. 3. num. 56. fol. 363[b]: Si obligatio facta sit cum susceptione censurarum et mandati executivi . . . tunc dato ejus instrumento authentico et liquido (et, si per alium notarium quam per illum, qui futurus est actuarius, sit rogatum, recognito) non requiritur alia citatio (nisi in ipsa obligatione, prout multi dum se obligant poni volunt, dictum fuerit, quod debeat procedi citatione praemissa), sed immedicate creditor petit obtinetque extrahi et sibi dari instrumentum censurarum et mandati executivi. Attamen ex urbanitate interdum pro rerum et personarum qualitate judex mandat citari debitorem ad satisfaciendum alias videndum extrahi et concedi censuras et mandatum executivum.

3) Galesius P. III. partic. 1 §. 1. fol. 358.

entweder vor dem Auditor Camerae, welcher vermöge ausdrücklicher Verleihung in seiner Bestallungsurkunde vorzugsweise als legitimus et ordinarius executor obligationum in forma camerae galt,[4]) oder vor dem ordentlichen persönlichen Richter des Verpflichteten geistlichen Standes, gegen Laien aber auch vor jedem anderen geistlichen Gerichte nach Gutfinden des Klägers angebracht werden, wobei nicht einmal die persönliche Anwesenheit des Beklagten am Orte des Gerichts erfodert wurde.[5])

B. Auf eingebrachte Klage trat je nach Beschaffenheit der zu vollstreckenden Urkunden ein verschiedenes Verfahren ein. In allen Fällen zwar mußte dem eigentlichen Exekutionsverfahren ein besonderes Confessionsverfahren vorhergehen; aber selbst vor der Confession waren in manchen Fällen noch andere präparatorische Verhandlungen nöthig.

War nun

1. aus einer öffentlichen, mit allen hergebrachten Klauseln versehenen (in extenso, in ampliori forma), an sich liquiden Urkunde vor dem nehmlichen Richter geklagt worden, dessen Notar die Urkunde ausgefertigt hatte,[6]) so wurde das Confessionsverfahren sofort durch Anberaumung eines Termins ad confitendum eingeleitet.[7])

Zu diesem Termine brauchte eigentlich nach Maaßgabe

---

4) Galesius P. II. qu. ad secundam partem obligat. §. 1. num. 2. 3. et 5. fol. 353.

5) Galesius l. c. num. 1—8. — Idem P. III. partic. 3. §. 3. num. 3. fol. 362.

6) So daß also über die Aechtheit und Glaubwürdigkeit dieser Urkunde vor diesem Richter kein Zweifel entstehen konnte.

7) Galesius P. III. partic. 3. §. 1. num. 1. fol. 360b. poterit illico processus inchoari etc. — Idem P. III. partic. 3. §. 3. fol. 362.

der Klauseln in der Obligation der Beklagte gar nicht persönlich geladen zu werden,[8]) vielmehr war der Kläger befugt, im Confessionstermin ohneweiters durch einen der in der Obligation bestellten Prokuratoren die confessio Namens des Beklagten ablegen zu lassen, womit das Confessionsverfahren geschlossen war, so daß sogleich zur Eröffnung des Exekutionsverfahrens übergegangen werden konnte.

Allein schon zur Zeit des Galesius durfte diese einfache Procedur nur gegen solche Schuldner stattfinden, welche zur Zeit des Prozesses vom Orte des Gerichts abwesend waren,[9]) worüber die eidliche Versicherung des Klägers als hinreichender Beweis galt. Im entgegengesetzten Falle war vermöge einer ausdrücklichen Vorschrift Gregors XI. (erneuert von Nicolaus V.) die persönliche Ladung des Beklagten zum Confessionstermine nothwendig.[10]) Die Ladung verlautete: ad satisfaciendum, alias ad confitendum seu videndum per aliquem ex procuratoribus per eum constitutis confiteri debitum et se excommunicari.[11])

Erschien nun der Beklagte nicht, so wurde die confessio auf Kontumazialanrufen des Klägers durch einen Prokurator des Beklagten abgelegt.[12])

---

8) Galesius P. III. partic. 2. §. 3. num. 3. fol. 362.

9) Ibid. num. 3. et 5.

10) Ibid. num. 4.

11) Ibid. num. 2.

12) Galesius num. 5. l. c.: creditor . . petit et obtinet per unumquemlibet ex procuratoribus in mandato comprehensis confiteri debitum et ipsum principalem debitorem ob talem causam jurisdictioni et compulsioni ac mero examini ejusdem judicis et suae curiae submitti per eundem judicem mandari; et cum procurator ejusmodi mandato obediendo inspecto instrumento debitum confessus fuerit ipsumque debitorem

War jedoch der Beklagte im Confessionstermin erschienen, (was ihm ohne Zweifel auch dann gestattet war, wenn er nicht persönlich vorgeladen worden,) und glaubte er gegen die Klage rechtmäßige Einwendungen zu haben, welche entweder sofort klar[13]) oder wenigstens in continenti, d. h. binnen drei Tagen, erweislich waren,[14]) so konnte er sich dem Confessionsverfahren widersetzen. Im ersten Falle war er von Ablegung der confessio, je nach Beschaffenheit der Einrede zur Zeit oder schlechthin, befreit; im zweiten Falle wurde die confessio zwar im Confessionstermin noch abgelegt, jedoch mit Vorbehalt des binnen drei Tagen zu liefernden Beweises der Einrede.[15])

In Beziehung auf die Frage, welche Einreden an sich zulässig seyen, galt zwar der Theorie nach die Regel, daß auch gegen Cameralobligationen keine andere Einrede als falsitatis, quietationis (pacti de non petendo) et solutionis vorgeschützt werden könne;[16]) die Praxis aber gestattete bald so viele Ausnahmen, daß man endlich alle in continenti erweis-

---

jurisdictioni compulsioni et coërctioni ejusdem judicis submiserit et supposuerit, judex deinde creditore ita petente in summa vel in re alia confessata debitorem excommunicat etc.

13) Zu den liquiden Einreden gehörten besonders alle diejenigen, welche sich aus dem Inhalte und der Form der Schuldurkunde selbst ergeben und diejenigen, welche die Beweislast auf den Kläger wälzen.

14) Vgl. das Citat der folgenden Note.

15) Galesius P. II. qu. 1. ad IV. partic. vel clausul. obligationis cam. num. 17—19. fol. 354b, 355. „Nam citatur . . debitor ad confitendum debitum, in cujus citationis termino potest, si habet, proponere exceptionem vel evidentem vel in continenti probabilem. Quod si non fiat, proceditur quidem ad confessionem debiti . . . non tamen simpliciter, sed sub illa conditione, nisi infra tres dies satisfecerit aut probaverit, quam ob rem non teneatur amplius satisfacere.“

16) Galesius l. c. num. 1. fol. 354b. vgl. oben Kap. II. §. 15. S. 96.

lichen Einreden für zulässig erachten mußte.[17]) An Kontroversen über diesen Punkt konnte es freilich um so weniger fehlen, als die in der Cameralobligation enthaltene eidliche Bekräftigung der ausgedehntesten Verzichtleistung auf alle möglichen Einwendungen gegen die Zulässigkeit jeder einzelnen Einrede nothwendig Zweifel erregen mußte. Aber auch diesen Zweifeln suchte man durch allerlei wunderliche Wendungen zu entgehen.[18])

Das Verfahren über die vorgeschützten Einreden war übrigens höchst summarisch. Die Frage über die Zulässigkeit wurde im Confessionstermin bis zum Ende verhandelt. Litiscontestation fand nicht Statt.[19]) Ueberhaupt ließ man sich von der Bahn des Exekutionsprozesses nicht abbringen. Der Richter wurde daher auch im Falle vorgeschützter Einreden nicht als erkennender, sondern als exequirender betrachtet. Durchaus erschienen die Einreden des Beklagten als solche, welche in der Exekutionsinstanz vorgebracht wurden. Der richterliche Ausspruch über die Zulässigkeit der vorgeschützten Einreden erfolgte nicht ausdrücklich, sondern implicite und als ein Ausfluß der Thätigkeit des Richters als Exekutor, indem derselbe, jenachdem er die vorgeschützten Einreden für zulässig oder unzulässig, für liquid oder nicht liquid erachtete, entweder die Fortsetzung oder die Einstellung des Confessions- und Exekutions-Verfahrens, bald bedingt, bald unbedingt, anordnete.[20])

---

17) Galesius P. II. qu. 1. 2. 3. ad. IV. partic. oblig. fol. 354b—356b.

18) Galesius l. c. qu. 4. fol. 356.

19) Galesius P. III. part. 1. §. 2. num. 4. fol. 358.

20) Galesius P. III. partic. 2. §. 3. num. 1—7. fol. 362. mit §. 2. num. 13. sqq. fol. 361b und P. II. qu. 1. ad IV. particul. oblig. num. 17. sqq. fol. 355.

2. War die übrigens mit allen oben (Num. 1) bezeichneten Eigenschaften versehene Urkunde von einem auswärtigen Notar ausgefertigt, so mußte dem Confessionsverfahren die Rekognition der Urkunde vorhergehen. [21])

3. Enthielt die Urkunde, welche vollstreckt werden sollte, die Formel der oblig. cam. nicht in extenso, sondern nur die Klausel: obligo me in forma camerae oder eine ähnliche, so mußte vor allem ein Termin zur Produktion und Extension des Instruments angesetzt werden. Der Beklagte wird ad dicendum contra instrumentum productum videndumque jurare testes super illius recognitione [22]) ac etiam ad videndum per judicem mandari extendi obligationem in forma camerae in ipso instrumento contentam citirt. Erst nach erfolgter Extension kann das Confessions-Verfahren eintreten. [23])

4. Ist das in forma camerae ausgefertigte Instrument in Beziehung auf den Gegenstand und Betrag der Forderung nicht vollkommen klar und bestimmt (instrumentum non liquidum), so muß dem Confessionsverfahren vorerst ein Liquidationsverfahren vorhergehen. Dieses war unbestimmt summarisch, ohne Beschränkung in der Wahl der Beweismittel, nicht gebunden an die engen Fristen des eigentlichen Exekutivverfahrens. [24])

---

21) Galesius P. III. partic. 2. §. 3. num. 1: si instrumentum aliunde adferatur, hoc est, si publicatum per alium, quam per notarium judicis, coram quo fuerit procedendum, servato termino ad dicendum contra ipsum instrumentum et illius recognitione praemissa deveniendum est ad executionem, cujus principium a debiti confessione sumendum est.

22) Dieß wohl nur in dem Falle, wenn die Urkunde von einem auswärtigen Notar errichtet oder eine Privaturkunde war.

23) Galesius P. III. partic. 2. §. 1. num. 2. fol. 350b.

24) Galesius l. c. §. 2. (num. 1.): liquidum accipitur pro claro

Der Theorie nach war es streitig, ob das Liquidationsverfahren mit einem förmlichen Erkenntniß geschlossen werden müsse, was von den Meisten bejaht wurde; nach der Praxis der geistlichen Gerichte aber sprach sich der Richter über die Liquidität nur brevi manu aus, indem er nach vollführten Beweisen durch ein simples Präceptum zu Folge der in der obligatio cameralis liegenden Vollmacht ad confitendum diejenige Summe, welche er für liquid erkannte, durch einen Prokurator confitiren ließ,[25]) wodurch sodann der Uebergang zum eigentlichen Exekutionsverfahren von selbst gegeben war.

5. Privaturkunden mußten, ehe das gewöhnliche Exekutiv-Verfahren eintreten konnte, vorerst rekognoscirt und publicirt, d. h. mit der Form öffentlicher Urkunden bekleidet, und, wenn sie die Formel der Cameralobligation nicht in extenso enthielten, zugleich extendirt werden. Der Beklagte wurde in diesem Falle ad comparendum videndumque jurare testes super recognitione apochae et videndum mandari extendi et publicari instrumentum obligationis juxta formam camerae vorgeladen.[26])

---

et certo . . . Itaque liquidum instrumentum intelligendum est clarum et certum: liquidatio vero et liquidare intelligimus esse actus et probationes, quibus mediantibus de incerto et obscuro fiat certum et clarum. (Num. 3:) Negotium liquidationis . . non habet privilegium executivum, sed recipit omnes legitimas ordinarii judicii exceptiones. (Num. 4:) Quod autem fieri possit per omne genus probationis et sic per confessiones, testes, jusjurandum, instrumenta etc. (Num. 5:) Non tamen requiritur libellus, litis contestatio vel alius ordo judiciarius, sed proceditur summarie.

25) Galesius l. c. num. 13. fol. 361b.

26) Galesius P. III. part. 1 §. 2 num. 19 fol. 358b.

Hierauf folgte das gewöhnliche Verfahren, wie aus öffentlichen Urkunden.[27])

§. 6.

Mit der wirklichen Vollstreckung der Exekution wurde in allen vorstehenden Fällen auf gleiche Weise dergestalt verfahren, daß dem Schuldner immer noch Gelegenheit blieb, durch Zahlung die harten Folgen der Exekution rechtzeitig abzuwenden.

Alle in Civilsachen überhaupt gebräuchlichen Zwangsmittel waren an sich zulässig; allein die eigenthümliche Stellung der geistlichen Gerichte brachte es mit sich, daß mit Androhung und Vollstreckung der Exkommunikation, als dem vorzugsweise geistlichen Zwangsmittel, regelmäßig der Anfang gemacht, und erst wenn diese erfolglos blieb, zu anderen Zwangsmitteln übergegangen wurde.

Sobald nehmlich die confessio abgelegt war, erließ der Richter ein Zahlungsmandat mit Androhung der Exkommunikation, sofern der Schuldner nicht innerhalb drei Tagen den Gläubiger vollständig befriedigt.[1])

Nach fruchtlosem Ablaufe dieser drei Tage wird der Schuldner, welcher hiezu persönlich vorzuladen ist, wirklich exkommunizirt und das hierüber ausgefertigte Instrument förmlich publizirt.[2])

---

27) Daher sagt Galesius l. c. num. 1. fol. 358: „quod in ipso contractu non requiratur instrumentum publicum, sed bene requiratur in processu, ut ipsius obligationis vigore procedi possit ad executionem.“

1) Galesius P. III partic. 2 §. 3 num. 6 fol. 362: judex deinde creditore ita petente in summa vel in re alia confessata debitorem excommunicat atque ut excommunicatum publicari mandat, nisi infra tres proximos dies cum effectu satisfecerit.

2) Galesius l. c. num. 37 fol. 363. Praeteritis ergo tribus

Aber auch jetzt noch wird der Exkommunikation weitere Folge nicht gegeben, wenn der Schuldner binnen zehn Tagen Zahlung leistet. [3]) Nach Ablauf dieser zehn Tage endlich treten die Folgen der Exkommunikation mit voller Strenge ein. Erst jetzt also geschieht die wirkliche Vollstreckung der Exekution. Auf die Exkommunikation folgen die gewöhnlichen Exekutionsmittel, Beschlagnahme der Güter und der Person des Schuldners, theils durch den geistlichen Richter unmittelbar, z. B. durch Beschlagnahme der Einkünfte von Kirchenpfründen, theils mittelbar durch Requisition der weltlichen Gewalt. [4])

---

illis diebus . . . citato debitore ad videndum et audiendum se declarari esse excommunicatum et litteras declaratorias decerni, judex pronunciat sententiam et decernit litteras, nisi per totam illam vel interdum nisi per totam primam diem satisfecerit. Formula declarationis habet, illum ob non solutionem illius summae seu ob alterius rei non factum implementum esse excommunicatum seu suspensum vel interdictum publice denuntiandum et ab omnibus Christicolis vitandum fore. Hujus autem declaratoriae sententiae instrumentum (quas litteras appellant declaratorias) per actuarium extensum parti actrici traditum per Cursorem in albo consueto publicatur etc.

3) Galesius l. c. num. 39: . . et ab ea publicatione computantur dies decem, intra quas ad alios actus non proceditur habetque reus honestam satisfaciendi commoditatem.

4) Galesius l. c. num. 55. fol. 363b: . . praeteritis a publicatione supradicta decem diebus uno eodemque contextu reus citatur ad videndum excommunicationem contra se fulminatam aggravari et reaggravari litterasque aggravatorias et reaggravatorias usque ad invocationem brachii secularis concerni et concedi: et ita in termino omnia simul decernuntur et conceduntur reproducta prius publicatione litterarum declaratoriarum: et super tali decreto conficitur instrumentum, cujus virtute postea proceditur ad realem executionem. (cf. num. 54. ibid.)

Daß der Beklagte das Exekutivverfahren weder durch ein Rechtsmittel im engeren Sinne,[5]) noch durch die, an sich zulässige, Vorklage oder Widerklage auf Nichtigkeitserklärung der obligatio[6]) aufhalten konnte, ergibt sich aus dem Bisherigen eigentlich von selbst. Dagegen konnte das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückgefordert werden.[7])

5) Galesius P. III. partic. 3. num. 6. seqq. fol. 364. „An ab hujus obligationis executione interposita appellatio aliquid operetur et quid? Articulus est satis disputatus per gl. et doctores, quorum disputationem non recito, quia in specie nostrae obligationis absolute loquendo non admittitur appellatio . . quod tamen declaro in hunc modum, quod non liceat appellare ad finem et effectum impediendi executionem et ipsius executoris processum; sed quoad effectum et finem, ut sine impedimento et praejudicio excommunicationis ipsa causa appellationis devolvatur deferaturque ad superiorem, tenet appellatio etiam a mero executore.“ etc.

6) Galesius P. III. partic. 1. §. 6. num. 26. fol. 360.

7) Galesius P. III. partic. 3. num. 2. („juxta vulgare dictum: solve et repete.“) num. 3. num. 4. fol. 363b—364.

Viertes Kapitel.

Spanien.

§. 1.

Schriftsteller:

1. RODERICUS SUAREZ [1]) Lectura super L. post rem judicatam ff. de re judicata una cum declaratione legis regiae titulo: De las excepciones. l. fin. in ordinamentis regalibus.

   Ausgabe: Roderici Suarez opera omnia. Francof. 1594 f. [2]) pag. 491—589. (Besorgt durch Abraham Saur in Marburg und dessen Sohn, von welchen auch die lateinische Version des häufig vorkommenden spanischen Texts der Gesetze herrührt.)

   Diese Schrift ist am 1. Mai 1497 beendigt worden.

2. ANTONIUS GOMEZ [3]) Commentarius ad leges Tauri; — geschrieben nicht lange vor 1552.

---

1) Vgl. Belegst. S. 291.

2) Ziemlich incorrect. — Lipenius, Bibl. jur. Ed. Lips. 1757. T. I. p. 589, führt noch folgende Ausgaben der sämmtlichen Werke an: Salmant. 1556. Pinciae 1590. Duaci 1614. f.

3) Vgl. Belegst. S. 303.

Ausgabe: Francof. 1591 f.,[4]) besorgt von Dr. Joh. Bapt. Caesar, Syndicus in Frankfurt, von welchem auch die dieser Ausgabe beigegebene, ziemlich brauchbare lateinische Uebersetzung des spanischen Texts der Gesetze herzurühren scheint.

3. DIDACUS COVARRUVIAS[5]) variarum ex jure pontificio, regio et caesareo resolutionum Lib. II. Cap. XI: de executione instrumenti publici, quod conditionale est, vel liquidam quantitatem minime continet. Geschrieben im J. 1552.

Ausgaben:

a. Variarum resolutionum etc. Libri III.[6]) Authore Didaco Covarruvias a Leyva. Ex ejusdem Authoris secunda recognitione. Salmanticae 1556. fol. 129—132;

b. Ejusd. opera omnia Francof. 1583 f. T. II. fol. 71b—73;

c. Opera omn. Lugd. 1661 f. (cum notis Jo. Uffelii, Bruxellensis, in var. resolut.) T. II. pag. 164—168.[7])

4. JUAN YAÑEZ PARLADORJO[8]) rerum quotidianarum forensium Lib. II. Cap. XXII: de executione instrumenti publici s. guarentigii et omnium fere, quae paratam executionem habent.

---

4) Nach Lipenius I. 593. auch Francof. 1617. f.

5) Vgl. Belegst. S. 388. — Ueber die Berühmtheit des Covarruvias vgl. Arthur Duck de usu et authoritate jur. civ. Rom. Lugd. Bat. 1654. 8. Lib. II. cap. VI. §. XXI. pag. 302. und Estor Anfangsgründe des Processes. Frankf. 1756. Th. IV. S. 15.

6) Die späteren Ausgaben haben vier Bücher.

7) Noch andere Ausgaben s. bei Lipenius II, 71. und II, 103.

8) Vgl. Belegst. S. 311.

Ausgabe: Joannis Yañez Parladorii opera juridica. Lugd. 1678 f. pag. 109—202.[9])

Schrieb bald nach Covarruvias.

5. JOS. DE SESE tractatus de inhibitionibus et executionibus et executione privilegiata et guarentigia facienda ac eadem in vim exceptionum seu juris firmae retardanda. Francof. 1615 f.[10])

Geschrieben um's Jahr 1600; ein schlechtes, auch für unseren Zweck wenig brauchbares Werk.

6. FRANC. SALGADO DE SOMOZA labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam. P. I. Cap. XVI: judicium concursus inter creditores partim agentes ex instrumentis exequibilibus partim illis carentes an totum reddatur executivum vel totum ordinaria via aut divisim aut seorsum peragendum.

Ausgabe: Lugd. 1672 f. pag. 139—149.[11])

Schrieb um 1646 und citirt den Colerus de processibus executivis.

§. 2.

Es wird zur schnelleren Uebersicht der nachfolgenden Mittheilungen dienlich seyn, einige kurze Notizen aus der Rechtsgeschichte Spaniens voran zu stellen. Vollständigkeit ist hier nicht nöthig, würde mir aber auch nicht möglich seyn. Keines

---

9) Andere Ausgaben s. bei Lipenius II, 105. und II, 241.

10) Nach Lipenius I, 470. auch Francof. 1661. f.

11) Nach Lipenius I, 105. auch Antw. 1653. f. und Francof. 1663 f.

unter den romanischen Völkern kann sich einer größeren Thätigkeit in der Gesetzgebung rühmen, als das spanische, besonders in der eigentlichen Landesgesetzgebung. Die Geschichte derselben ist aber noch nicht genügend bearbeitet.[1])

In Spanien war der Gebrauch des römischen Rechts zwar schon im VII. Jahrhundert unter dem westgothischen König Chindaswind förmlich verboten[2]) und dadurch das Princip der persönlichen Rechte früher als anderwärts zerstört worden. Allein schon damals war in die westgothischen Gesetze selbst römisches Recht vielfach aufgenommen.[3])

Im XIII. Jahrhundert unter Alphons X. wurde sowohl der Unterricht als der Gebrauch des römischen Rechts wieder hergestellt, freilich nicht als eines persönlichen Rechts im früheren Sinne, sondern als eines gemeinen Subsidiarrechts im heutigen Sinne. Von diesem Könige wurde ein neues Gesetzbuch in spanischer Sprache gegeben, welches gewöhnlich unter dem Namen las leyes de las siete partidas, leges septem partitarum, angeführt wird und größtentheils römisches Recht enthält.[4])

---

1) Namentlich habe ich folgende Schriften unbefriedigend gefunden: Duck de usu et authoritate juris civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum libri II. Londini 1653. Lugd. Batav. 1654. — Gerardus Ernestus de Frankenau sacra themidis Hispanae arcana. Hannov. 1703. (Die ganze Schrift ist ein Plagiat; der wahre Verfasser ist der Spanier Juan Lucas Cortes.)

2) v. Savigny, Gesch. d. R. R. Bd. II. Kap. VIII. §. 27. S. 80.

3) v. Savigny a. a. O. §. 24 ff. S. 67. ff.

4) v. Savigny a. a. O. S. 81. — Duck de usu et author. jur. civ. Ed. Lond. 1653. Lib. II. cap. 6. §. 15. fol. 111. — Covarruvias var. resol. Lib. I. cap. 14. num. 5. (Ed Salmant. 1556. fol. 59b): „Ego tamen ejus opinionis sum, ut Regias constitutiones, quas Septempartitum opus complectitur, quoties

Die einheimischen Gesetze verloren dadurch ihre Gültigkeit nur insoweit, als sie durch die entgegenstehenden einzelnen Bestimmungen der siete partidas oder durch die Gewohnheit des Nichtgebrauchs außer Wirksamkeit gesetzt wurden. Dieß gilt namentlich von der altspanischen Uebersetzung der westgothischen Gesetze, welche unter dem Namen fuero juzgo, forus judicum,[5]) lange Zeit praktisches Recht geblieben sind.[6])

Daneben entstanden auch Sammlungen der zahlreichen Partikularrechte einzelner Provinzen, Städte und Herrschaften.

Die nach Alphons X. bis gegen das Ende des XV. Jahrhunderts in großer Zahl erschienenen allgemein verbindlichen Gesetze, pragmaticae, werden gewöhnlich nach dem Orte be-

---

earum verba patiantur, existimem ad jus Pontificium Caesareumque reducendas fore, ut nihil utriusque juris constitutionibus adversum in eis statui existimemus: quandoquidem earum legum conditoris potissimus fuit scopus, in quem tantum opus ad Hispanae reipublicae utilitatem direxit, ex utriusque juris statutis constitutiones praedictas Hispano sermone deducere."

5) Neueste Ausgabe: Fuero Juzgo en Latin y Castellano cotejado con las mas antiguos y preciosos codices, por la Real Academia Espanola. Madrid por Ibarra 1815. fol. — Vorzügliche Schriften über denselben: 1. Discurso sobre la legislacion de los wisigodos y formacion del Libro o fuero de los jueces y su version castellana, von Don Manuel de Lardizabal y Uribe, als Einleitung zur ebengenannten Ausgabe; — 2. Karl Türk über das westgothische Gesetzbuch, (als I. Heft von dessen Forschungen auf dem Gebiete der Geschichte 2c.) Rostock und Schwerin 1829.

6) Noch in den leyes de Toro vom J. 1505 wird die Gültigkeit der Gesetze des fuero juzgo, so weit sie noch im Gebrauche waren, (en aquellas cosas, que se usaron,) ausdrücklich anerkannt, (Prooem. leg. Taur. Ed. Francof. 1591. pag. 2.) und selbst noch für die neueste Zeit wird dieses von Lardizabal (S. XLII. a. a. O.) nachgewiesen.

zeichnet, an welchem jedes einzelne erlassen wurde; z. B. lex Toletana, Taurina (d. h. von Toro), Madritia u. s. w. Größere Gesetzbücher scheinen in dieser Periode nicht vorzukommen.

Sehr reichhaltig an neuen Gesetzen aber war die Regierung des Königs Ferdinand V. von Aragonien († 1516) und seiner Gemahlin Isabelle von Castilien († 1504). Von ihnen rühren außer vielen einzelnen Verordnungen namentlich drei größere Gesetze her: das ordenamiento de Toledo vom Jahr 1480, die Ordenanças de Madrid vom Jahr 1502 und die leyes de Toro vom Jahr 1505.

Das umfassendste Gesetzgebungswerk endlich ist die von Philipp II. am 14. Merz 1567 publizirte (nueva) recopilacion de las leyes destos Reynos. [7]) Sie enthält das gesammte damals gültige spanische Landrecht, meist aus älteren Gesetzen bestehend, welche theils in ihrer ursprünglichen wörtlichen Fassung, theils mit den später hinzugekommenen Abänderungen mitgetheilt werden. Besonders schätzenswerth ist die überall beigefügte genaue Angabe: wann, wo und unter welcher Regierung jedes einzelne Gesetz erlassen und in der Folge etwa erneuert oder abgeändert worden ist.

§. 3.

Das älteste unzweifelhafte Zeugniß über die Existenz des Instituts der exekutorischen Urkunden in Spanien ist eine Ver-

---

7) Ich benütze die Ausgabe: Recopilacion de las leyes destos Reynos, hecha por mandato de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor; que se ha mandato imprimer con las leyes que despues de la ultima impression se han publicado por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro señor. En Madrid. 1640. Drei Bände in folio mit Blattzahlen.

ordnung vom 20. Mai [1]) 1396, welche König Heinrich III. auf Ansuchen des Handelsstandes, namentlich der Genuesischen Kaufleute, für die Stadt Sevilla erlassen hat, folgenden Inhalts: [2])

Don Enrique etc. a los Alcaldes etc. salud y gracia. Sepades, que los Consules de los Genovesos y otros mercaderes se me quexaron y dixeron, que ellos venden sus mercaderias y fazen sus contratos a Christianos y Moros y Judios por ciertas quantias de madris, que se obligavan de les dar y pagar por ellas a plazos ciertos y so ciertas penas, de lo qual les otorgan cartas y recaudos ante vos, los Alcaldes de la dicha ciudad, para que fagades execucion por ellos; y que los dichos deudores maliciosamente por les non pagar las dichas deudas los traen a pleytos y contiendas allegando, que les han hecho paga dellas, o que han hecho avenencia con ellos o pacto o postura de no les demandar, o que gelo han quitado, o allegan otras qualesquier excepciones, de que dizen, que tienen los testigos en otros Reynos o en Hierusalem, non seyendo las pagas o excepciones puestas verdaderas, por la qual razon les fazen fazer grandes costas y se aluengan los pleytos. Pidieron me por merced, que, quando algunas personas allegassen pagas o excepciones, como dicho es, contra los tales recaudos, no se recibiessen, salvo si mostrassen luego por otra tal escriptura o tal alvala, que segun derecho deva ser

---

1) Nach Angabe der officiellen Recopilacion de las leyes destos Reynos hecha por . . . don Felipe II. En Madrid 1640. Lib. IV. tit. XXI. ley II. fol. 350. — Bei Suarez steht der 20. Merz.

2) Suarez pag. 514—515. Den wesentlichen, aber nicht wörtlichen Inhalt dieses Gesetzes enthält auch die in der vorigen Note angeführte Stelle der Recopilacion Philipps II.

recibida, o por testigos, que fuessen en el Arcobispado de Sevilla, o por confession de la parte. Yo viendo, que me pedian razon y derecho, tove lo por bien. Porque vos mando, que cada, que los dichos mercaderes o qualquier otra persona o personas vos mostraren carta o otros recaudos ciertos de obligaciones, que tengan contra qualesquier personas de las deudas, que les devieren: que las cumplades y llevedes a execucion seyendo passados los plazos de las pagas y no seyendo legitimas las excepciones, y fagades entrega y execucion en los dichos deudores y en sus bienes por las deudas contenidas en las dichas cartas y recaudos de obligaciones, y entregueys y fagays pago a los dichos mercaderes o a quien los oviere de recaudar por ellos de las dichas sus deudas: y que no lo dexedes de assi fazer y cumplir por paga o excepcion, que los dichos deudores alleguen, salvo si mostraren luego sin alongamiento de malicia la paga o excepcion legitima por otra tal escriptura, como fuere la dicha deuda,[3]) o por alvala tal, como dicho es, o por testigos, que sean en el Arcobispado de Sevilla, o por confession de la parte, como dichoes. Pero para provar esta paga o excepcion mi merced es, que nombren luego los testigos, quien son y donde son, y juren, que no traen malicia. Y si nombraren los testigos aquen de los puertos, que aya plazo de un mes para los traer; y si allende los puertos por todo el Reyno, que aya plazo de dos meses; y si fueren fasta en Roma o en Paris o en Hierusalem, que aya plazo de seys meses. Pero es nuestra

---

3) Vgl. Guido de Suzaria tr. de guar. num. 1.: „nec potest opponi nisi exceptio solutionis per aliud instrumentum guarentigiae.“

merced, que el, que allegare esta paga y qualquier otra excepcion, y dixere, que los testigos tiene fuera del dicho Arcobispado, segun dicho es, que pague luego el dicho mercader dando fiadores el mercader, que si el otro provare lo, que allega, que le torne lo, que assile pagare con el doblo por pena y nombre de interesse; y en caso, que no lo provare al dicho termino, que pague en pena otro tanto como lo, que pago, la qual pena sea la mitad para la obra de la yglesia mayor de Sevilla y la otra mitad para la puente de la dicha ciudad.

Dada en Sevilla a 20. de Mayo[4]) de mil y CCCXCVI.

Nach der lateinischen Version von Saur:

Don Henricus etc. Praetoribus etc. Salutem et gratiam. Sciatis, quod Consules Genuenses aliique mercatores mihi conquesti sunt et dixerunt, se vendere suas merces et contrahere cum Christianis, Mauris et Judaeis pro certa quantitate Maravedis, quas se obligabant daturos et soluturos pro illis certis terminis et sub certis poenis, de quibus ipsis dabant literas et cautiones coram vobis Praetoribus dictae urbis, ut faciatis executionem pro ipsis;[5]) et quod dicti debitores malitiose ut nimirum debita antedicta non persolvant, eos conjiciant in lites et controversias allegando, quod persolverint, aut quod cum ipsis transegerint aut pacti sint de non petendo, aut quod ipsos eo debito absolverint, vel alias quascunque exceptiones opponunt, et ejus rei se testes habere affirmant in aliis regnis vel Hierosolymis, cum tamen solutiones istae et exceptiones veritati non sint congruae: quare necessarium esse, ut impensis multis onerentur et

---

4) Bei Suarez: Março.
5) Sc. pro literis et cautionibus.

lites in longum ducantur. Petierunt ergo a me, ut, si aliquae personae allegarent ejusmodi solutiones aut exceptiones, ut dictum est, contra antea datas cautiones, non reciperentur, nisi illico probarentur per aliud scriptum aut chirographum, quod de jure rejici non posset, aut per testes, qui sunt in Archiepiscopatu Hispalensi, aut per confessionem partis adversae. Ergo cum viderem, justam esse illorum petitionem et rationi convenientem, assensi. Quapropter vobis injungo, ut, quicunque dictorum mercatorum aut quaecunque alia persona vel personae vobis ostendent instrumentum aut alias cautiones obligationum sufficientes, quas habent contra quascunque personas pro rebus sibi debitis, eas mandetis executioni, si tempus solutioni praefixum elapsum fuerit sique exceptiones non fuerint legitimae; et sit executio perfecta et integra[6]) in dictos debitores et ipsorum bona pro debitis in instrumentis et cautionibus contentis, et restitui et solvi curetis dictis mercatoribus aut illis, quibus ab iisdem mandatum est de dictis suis debitis recipiendis, et ne permittatis, ut ita pro solutione circumducant creditores exceptionibus, quas dicti debitores allegant, nisi confestim et absque mora ostendant et probent solutionem aut legitimam exceptionem per ejusmodi scripturam, sicut est dictum debitum, aut per chirographum tale, quale supra diximus, aut per testes, qui sint in Archiepiscopatu Hispalensi, aut per confessionem partis adversae, ut jam dictum est. Ad probandam autem istam solutionem et exceptionem,

---

6) Y fagades entrega y execucion heißt wörtlich: et faciatis immissionem et executionem. — Entrega heißt nicht so viel als integra, sondern so viel als missio in bona, und entspricht dem mittelalterlichen tenuta, welches in den italienischen Statutarrechten so oft vorkommt.

voluntas mea est, ut statim testes, quales sint et qui sint,[7]) nominent, et juramentum calumniae praestent. Et si nominent testes citra portus, concedatur unius mensis spacium ad eos adducendos, et si ultra portus per universum regnum, concedantur duo menses; et si Romae vel Parisiis vel Hierosolymis fuerint, detur spacium sex mensium. Volumus autem, ut hujusmodi solutionem allegans vel exceptionem quamcunque opponens vel dicens (leg. *et* dicens), quod extra Archiepiscopatum habeat testes, ut jam dictum est, mox solvat illi mercatori, si mercator fideiussores dederit, se, si alter, quod allegavit, probaverit, restituturum ejus, quod antea solutum est, duplum pro poena et nomine interesse. Si vero contingat, ut praefixo termino non probet, debitor in poenam solvat tantum, quantum prius mercatori solutum est, cujus poena medium cadat in emendationem majoris Ecclesiae Hispalensis et aliud Fisco dictae urbis. Datum Hispali, 20. Martii (leg. Maji) 1396.

§. 4.

Zwei Wahrnehmungen drängen sich vor Allem aus der Ansicht dieses Gesetzes auf: erstlich der Einfluß des genuesischen Handelsstandes auf die Erlassung desselben; zweitens die Gewißheit, daß der Gebrauch exekutorischer Vertragsurkunden in Spanien — wenigstens unter den Kaufleuten — schon vor Erlassung des Gesetzes bekannt gewesen seyn muß.

Daß jener Einfluß der Genueser nicht ein blos äußerlicher gewesen ist, zeigt die auffallende Aehnlichkeit des spanischen Gesetzes vom J. 1396 mit den Bestimmungen der meisten italienischen Stadtrechte aus dem XIV. Jahrhundert und be-

7) y onde son wörtlich: et unde sunt.

sonders mit den vor dem Jahr 1414 reformirten und noch im Jahr 1498 geltenden Statuten von Genua.[1]) Es sind folgende, den wesentlichen Inhalt des Gesetzes vom Jahr 1396 ausmachende Punkte, in welchen sich diese Aehnlichkeit, ja fast wörtliche Uebereinstimmung kundgibt:

1. schriftliche Vertragsurkunden haben sofort nach Verfallzeit parate Exekution;[2])

2. diese kann nur durch solche Einreden abgewendet werden, welche in continenti (luego sin alongamiente) erwiesen werden, entweder durch schriftliche Urkunden von gleicher Gültigkeit, wie die der Schuldurkunde, (por otra tal escriptura como fuere la dicha deuda,) oder durch Zeugen, welche nahe zur Hand sind, (por testigos, que sean en el Arcobispado de Sevilla,) oder durch Geständniß der klagenden Partei;

3. zum Beweise der in continenti zwar vorgeschützten,[3]) aber nicht schleunig erweislichen Einreden (y si dixere, que los testigos tiene fuera del dicho Arcobispado) wird eine Frist von einem, ja nach Umständen mehreren Monaten bewilligt;[4]) es muß aber in diesem Falle der Beklagte einstweilen Zahlung (nach dem spanischen Gesetze) oder Sicherheit für die Zahlung (nach dem Statut von Genua)[5]) leisten, wogegen

1) Belegst. S. 224—229.

2) Vgl. Statut von Genua, Belegst. S. 227. verb. quorum dies cesserit et venerit.

3) Statut von Genua, Belegst. S. 225, verb. Si conventus contradicere etc.

4) Statut von Genua, Belegst. S. 226: . . . adhuc detur ad probandum terminus actori et reo, et infra quem terminum omnes probationes debeant fieri . . . vgl. mit dem Vorhergehenden: in quo termino mensis et X dierum etc.

5) Statut von Genua, Belegst. S. 225, verb. compellatur praestare etc.

4. eine gleiche Sicherheitsleistung für die Zurückzahlung des etwa ungebührlich Empfangenen auch dem Kläger obliegt;[6])

5. die Bestimmung der poena dupli für den Kläger, welcher muthwillig Erekution nachsucht.[7])

Darüber, daß der Gebrauch erekutorischer Instrumente schon vor dem Gesetze von 1396 in Spanien bekannt war, gibt die in dem Gesetze selbst erwähnte Vorstellung der Kaufleute, welche dessen Erlassung ausgewirkt haben, genügenden Aufschluß. Die Bittsteller führen an, wie sie es bisher mit ihren Schuldnern gehalten haben:

> man ließ die Schuldner Zahlung auf einen bestimmten Termin und unter bestimmten Strafen versprechen, worüber sie vor dem Richter Urkunden ausstellten,[8]) auf daß der Richter Kraft derselben (Urkunden) Erekution verhängen könne,

oder mit anderen Worten: sie verpflichteten sich durch erekutorische Urkunden, instrumenta, quae paratam executionem habeant.

Ob und welcher besonderen Kautelen man sich bediente, um diese erekutorische Wirksamkeit zu erzielen, geht aus dem Inhalte des Gesetzes nicht hervor, läßt sich aber aus den Umständen mit ziemlicher Sicherheit bestimmen:

---

6) Statut von Genua, Belegst. S. 225, verb. et securitatem idoneam praestante (actore) de restituendo toto eo, de quo ipse actor consecutus fuerit solutionem etc.

7) Statut von Genua, Belegst. S. 225, verb. et si probabitur remissa vel falsa vel soluta, quod actor restituat reo duplum totius quantitatis, quam occasione dictae executionis recipiet.

8) Das Subject zu otorgan ist que, nehmlich Christianos y Moros y Iudios. — Otorgar heißt dare, concedere, und wird in der gerichtlichen Sprache besonders von der Ausstellung schriftlicher Urkunden gebraucht.

Aus der Eigenschaft der Urkunde als einer gerichtlich ausgefertigten für sich allein kann die exekutorische Kraft jener Urkunden, welche vor dem Gesetz von 1396 errichtet wurden, durchaus nicht abgeleitet werden, weil man der blosen gerichtlichen Fertigung nach der Theorie des gemeinen Rechts und in Ermanglung ausdrücklicher Bestimmung der Landesgesetzgebung das jus paratae executionis niemals beigelegt hat. 9) Auch das ist nicht wahrscheinlich, daß man sich in den vor dem Richter ausgestellten Urkunden auf die Einverleibung eines einfachen pactum executivum beschränkt haben sollte; denn dazu bedurfte man ja nur des Notariats, nicht des Richteramts. Dagegen war die Mitwirkung des Richters alsdann, aber auch nur alsdann, allerdings erfoderlich, wenn man sich, um die exekutorische Wirksamkeit zu erzielen, der Einholung eines praeceptum judicis in confessum nach altitalienischer Sitte bedienen wollte. 10) Daß dieses nun auch in Sevilla vor dem Gesetze von 1396 die gewöhnliche Kautel gewesen sey, hat um so größere Wahrscheinlichkeit für sich, wenn man den erwiesenen speziellen Einfluß der italienischen Kaufleute auf die spanische Praxis in Anschlag bringt. Hiezu kommt aber noch ein ausdrückliches Zeugniß des Suarez, welches zwar zunächst einer späteren Zeit gilt, aber nichts desto weniger auch für die früheren Zustände trifftig genug ist. Noch zur Zeit des Suarez nehmlich war es in Sevilla

---

9) cf. Suarez ad l. Tolet. num. 16. Belegst. S. 297. — Ant. Gomez ad l. 64. Taur. num. 4. Belegst. S. 307.

10) Dieses praeceptum konnte nicht einmal vor dem Notar als judex chartularius, sondern nur vor dem wirklichen Richter erholt werden; Suarez l. c. num. 3. (Belegst. S. 293.): cum notarii [in Hispania] non habeant . . . aliquam jurisdictionem ad faciendum dictum praeceptum.

und in anderen Theilen von Andalusien üblich, sich zur Errichtung exekutorischer Urkunden jener Einholung des richterlichen praeceptum in confessum, also, wie Suarez selbst anerkennt, der ächt italienischen Guarentigia zu bedienen, während in den übrigen Theilen von Spanien eine andere Exekutivklausel im Gebrauche war.[11])

Da nun aber nicht nur zur Zeit des Suarez, sondern auch um die Zeit des Gesetzes vom Jahr 1396 in Italien selbst das praeceptum guarentigiae in solcher Reinheit schon regelmäßig nicht mehr gehandhabt wurde, so scheint die Entstehung der zu Sevilla herrschenden Praxis noch in eine namhaft frühere Zeit, als das Jahr 1396, zurückversetzt werden zu müssen.

Ueberhaupt sieht man dem fragmentarischen Inhalte des Gesetzes von 1396 wohl an, daß die Absicht desselben nicht auf Einführung einer Neuerung gerichtet war, sondern — unter Anerkennung der bestehenden Praxis im Allgemeinen — nur auf legislative Nachhülfe in einzelnen Punkten, in welchen sich eben das Ansehen der Praxis unzureichend erwiesen hatte.

Hierdurch konnte der Zweifel entstehen, ob nicht das Gesetz, welches von der exekutorischen Wirksamkeit öffentlicher Urkunden schlechtweg spricht, dennoch, der bisherigen

11) Suarez l. c. num. 3. (Belegst. S. 293): In civitate Hispalensi et in aliis partibus Beticae provinciae vidi observari, quod, cum partes volebant celebrare contractum, ibant cum notario coram judice et facto contractu coram eo ipse mandabat observari et faciebat eis praeceptum, ut observarent contenta in instrumento sicut ex sententia, et vulgariter dicunt ipsi *instrumentum ex judicio judicato;* et illud est instrumentum confessionatum et guarentigiae ... Et de forma, qua utimur communiter in Hispania, . . . dicam statim. (Vgl. Belegst. S. 294. Num. 5.)

Praxis gemäß, das Erforderniß einer Exekutivklausel stillschweigend vorausgesetzt habe. Die Meinung der Juristen hierüber war lange getheilt;[12]) die Mehrzahl entschied sich endlich für die Entbehrlichkeit der Exekutivklausel;[13]) die Praxis wurde durch die Frage nicht tief berührt, weil man sich ja doch bei Ausstellung schriftlicher Urkunden mit der Beifügung jener Klausel regelmäßig vorzusehen pflegte.[14])

Uebrigens versteht sich von selbst, daß durch das Gesetz von 1396, wegen seiner Beschränkung auf Sevilla, in dem Rechtszustande des übrigen Spaniens nichts verändert wurde. Insofern man also annehmen kann, daß auch hier der Gebrauch exekutorischer Urkunden schon vor 1396 bestand, wurde er durch jenes Gesetz weder aufgehoben noch abgeändert, und es mußten in diesem Falle auch diejenigen Klauseln, durch welche man nach der herrschenden Doktrin der Romanisten eine Urkunde exekutorisch zu machen im Stande war, nach wie vor nothwendig beibehalten werden. Erst im Jahr 1480 wurde das Gesetz von 1396 zum allgemeinen Landesgesetz erhoben. Allein schon im Jahr 1458 erschien ein Gesetz, welches ganz im Allgemeinen und ohne spezielle Beziehung auf die Praxis von Sevilla von exekutorischen Urkunden spricht, folglich auch einen auf die Stadt Sevilla nicht beschränkten

12) Suarez l. c. num. 5—18. Belegst. S. 294 bis 298. — Gomez ad L. 64. Taur. num. 4. Belegst. S. 307. — Covarruvias variar. resolut. II, 11. Belegst. S. 309. — Parladorio rerum quotid. Lib. II. Cap. XII. P. I. §. XI. Belegst. S. 312—313.

13) Parladorio l. c. Belegst. S. 312 a. E.

14) Suarez l. c. num. 18. (Belegst. S. 297.): Item juvat hanc opinionem communis consuetudo hujus regni, ut in omnibus instrumentis apponatur haec clausula etc. Vgl. Covarruvias l. c. (Belegst. S. 309.) verb. Illud sane etc. Nam cum omnibus etc.

Gebrauch solcher Urkunden voraussetzt.[15]) Dieß wird durch das Zeugniß des Suarez[16]) bestätigt, wonach zu seiner Zeit, wie auch später,[17]) in dem größten Theile von Spanien eine von der besondern Praxis der Stadt Sevilla ganz unabhängige Exekutivklausel im Gebrauche war. Diese Klausel, welche sehr an die Praxis der geistlichen Gerichte in Italien erinnert,[18]) lautet folgendermaaßen:

> qui T. [debitor] dedit potestatem omnibus judicibus, coram quibus hoc instrumentum fuerit ostensum, ut faciant pro contentis in eo executionem in ejus persona et bonis, tamquam si contra eum esset lata sententia transacta in rem judicatam.

Also auch hier Verpflichtung zur paraten Exekution wie aus einem rechtskräftigen Erkenntnisse.[19])

Gegen die Wirksamkeit einer solchen Verpflichtung konnte kaum ein Bedenken bestehen, da ihr die Auorität der italienischen Doktrin und das Beispiel der geistlichen Gerichte zur Seite stand. Ueberhaupt darf es am wenigsten von Spanien auffallen, wenn sich dort das Institut der exekutorischen Urkunden längere Zeit durch die blose Praxis unter dem Schutze der doktrinellen Autorität der Italiener erhalten hat. Man

---

15) Siehe unten S. 169., wo das Gesetz von 1458 in extenso mitgetheilt wird.

16) Suarez l. c. num. 3 in f. (Belegst. S. 294.) mit num. 5. ebendas. und num. 18. (Belegst. S. 297.)

17) Parladorio l. c. Belegst. S. 312. verb. Amplia igitur.

18) Vgl. auch Statut von Triest Lib. II. Rubr. 9. Belegst. S. 288.

19) Noch in der Recopilacion Philipps II. werden die Bestimmungen über die Vollstreckung exekutorischer Urkunden und rechtskräftiger Erkenntnisse durchaus als zusammengehörig behandelt in Lib. IV. tit. 21.: De las entregas y execuciones de contratos y sentencias y confessiones y conocimientos y de los executores dellas.

darf sich nur daran erinnern, daß das Gewicht dieser Autorität, besonders des Bartolus, Baldus, Johannes Andreae und Panormitanus, in keinem Lande anerkannter war, als in Spanien. Durch zwei Gesetze des Königs Juan II. vom Jahr 1427 (in Toro erlassen) und vom Jahr 1433 (in Madrid erlassen) war verordnet, daß die Parteien oder ihre Anwälte in ihren Prozeßschriften und mündlichen Vorträgen keine andere Autorität anführen dürfen, als die des Bartolus im römischen Recht und die des Johannes Andreae im canonischen Recht. Wer dawider handelt, wird schwer gestraft, die Partei durch Verlust des ganzen Streithandels, der Anwalt, so wie der Richter, welcher die Handhabung des Gesetzes vernachlässigt, durch Verlust des Amts. Unter Ferdinand V. und Isabella in den Ordonnanzen von Madrid vom Jahr 1499 wurde jene Verordnung dahin ausgedehnt, daß in solchen Fällen, welche sich aus Bartolus oder Johannes Andreae nicht bestimmen lassen, auch die Berufung auf Baldus im römischen Recht und Panormitanus im canonischen Recht gestattet sey.[20]) Erst im Jahr 1505 wurde dieses Meinungsmonopol durch die Gesetze von Toro aufgehoben.[21])

§. 5.

Um zu bestimmen, welche Einreden gegen exekutorische Urkunden an sich zulässig seyen, worüber das Gesetz Heinrichs III. von 1396 sehr allgemein lautet, erging unter Heinrich IV. im Jahr 1458 (aus Madrid) ein Gesetz, welches in die Recopilacion Philipp's II. in folgender Gestalt aufgenommen ist:[1])

---

20) Alphonsus de Montalvo, glossa ad forum legum regni Castellae. Lib. I. tit. VI. ley 5. Ed. Salmant. 1501. fol. 17b.

21) Siehe unten Anhang II.

1) Lib. IV. tit. 21. ley 1. Ed. Madr. 1640. T. I. fol. 350.

Mandamos, que contra las obligaciones y contratos y compromissos, o sentencias, o otras qualesquier escrituras, que tengan aparejada execucion, que no sea admitida ni recibida por nuestros juezes ninguna otra excepcion ni defension, salvo paga del deudor, o promission o pacto de no lo pedir, o excepcion de falsedad, o excepcion de usura, o temor, o fuerça, y tal, que de derecho se deva recebir: y si otra qualquier excepcion se alegare, no sea recibida, ni el, que la opusiere, sea oido; y no embargante otras qualesquier excepciones el juez proceda a execucion del tal contrato o sentencia y llevela a devido efeto.[2])

Dieses Gesetz mag sich einer besondern Wirksamkeit wohl nicht erfreut haben, da es außer den bestimmt genannten Einreden auch noch aller anderen, welche von Rechts wegen zuläßig seyen, gedenkt; hierunter kann nur das gemeine Recht verstanden seyn, also jene Doktrin, welche wir oben (Kap. II. §. 15.) kennen gelernt haben.[3])

Durch ein Gesetz Ferdinands V. und seiner Gemahlin Isabella vom Jahr 1480 wurde die Verordnung Heinrichs III.

---

2) Zu Deutsch: Wir verordnen, daß gegen Schuldverschreibungen und Verträge und Schiedsrichtersprüche oder Erkenntnisse oder jedwede andere schriftliche Urkunden, welche parate Exekution haben, keine andere Einrede oder Vertheidigung zugelassen noch angenommen werde, als die der Zahlung durch den Schuldner, oder des Versprechens oder Vertrags de non petendo, oder die Einrede des Zinswuchers, der Furcht, der Gewalt, und solche, welche von Rechts wegen angenommen werden müssen: und wenn irgend eine andere Einrede vorgebracht wird, soll sie nicht angenommen werden, und derjenige, welcher sie vorgebracht hat, soll nicht gehört werden; und ohne Rücksicht auf alle anderen Einreden soll der Richter zur Exekution eines solchen Vertrags oder Erkenntnisses schreiten und sie gebührend zu Ende führen.

3) Mit welcher auch Suarez in L. Tolet. (Ed. Frcf. 1594. pag. 551—563) vollkommen übereinstimmt.

von 1396 ihrem wörtlichen Inhalt nach erneuert und zum allgemeinen Landesgesetze erhoben. Es findet sich in dem ordenamiento de Toledo im Titel de las excepciones, wo es das letzte Gesetz ist und also lautet: 4)

Y como quiera, que la disposicion de la dicha pregmatica parece ser provechosa para abreviar los pleytos y evitar las malicias de los deudores para en la dicha ciudad [de Sevilla], a quien se estiende. Pero porque parece, que no proveé cumplidamente a los casos, que sobre esto acaescen, sobre que es necessaria justa disposicion: porende ordenamos y mandamos, que la dicha pregmatica sea avida y guardada por la ley general; y esomismo aya lugar la disposicion desta ley en la deuda, que se debiere por sentencia passada en cosa juzgada: y que el termino, en que ha de mostrar la paga el, que la alega, en que dize la pregmatica, que sea luego, que este *luego* se entienda de diez dias; y que en todas las clausulas quede por ley general la dicha pregmatica con las condiciones suso dichas; y que la pena la mitad sea para la parte, contra quien se diferiere la causa maliciosa injustamente, y la otra mitad para el reparo de los muros y para otras cosas pias o publicas, donde el juez viere, que mas es necessario.

Nach der lateinischen Version des Saur:

Et quamvis dispositio dictae Pragmaticae videatur esse apprime utilis ad lites cito finiendas et evitandam maliciam seu perversitatem 5) creditorum 6) illius urbis, ad quam se extendit. Tamen quoniam apparet, quod non plene pro-

---

4) Suarez l. c. pag. 515.

5) Seu perversitatem ist ein überflüssiger Zusatz des Uebersetzers.

6) Leg. debitorum.

spiciat omnibus casibus, qui in similibus rebus emergunt,[7]) et indigent justa aliqua et necessaria constitutione: ordinamus et mandamus, ut dicta Pragmatica habeatur et observetur pro lege generali, utque etiam locum habeat legis hujus dispositio in debito, quod debetur ex sententia, quae transivit in rem judicatam; et ut terminus, in quo debet ostendere solutionem allegans, ubi Pragmatica dicit statim, per illud statim intelligantur X dies;[8]) et ut in omnibus ac singulis dictae Pragmaticae clausulis sit vigor legis generalis; et ut poenae medium sit illius partis, contra quam causa protrahitur dolose et injuste, et alterum medium cedat in restaurationem murorum et alias res pias et (leg. aut) publicas, prout judex magis necessarium esse animadverterit.

Es wird also hier — in Uebereinstimmung mit den italienischen Stadtrechten — verordnet, daß unter dem schleunigen Beweis, welchen das frühere Gesetz ohne nähere Fristbestimmung fodert, ein solcher zu verstehen sey, welcher binnen zehn Tagen geliefert wird.

§. 6.

Von nun an wurde das Gesetz vom Jahr 1480, gewöhnlich kurzweg lex toletana genannt, mit dem in dasselbe wörtlich aufgenommenen Gesetz von 1396 für Spanien der Mittelpunkt der ganzen Lehre von der exekutorischen Wirksamkeit schriftlicher Urkunden. Es wurde von Roderich Suarez in dessen Lectura super L. post rem judicatam D. de re judicata weitläufig commentirt, erhielt durch ein Madrider Gesetz

7) Nehmlich außerhalb Sevilla.
8) Soll heißen: intelligatur (terminus) decem dierum.

vom Jahr 1502, durch die leyes de Toro vom Jahr 1505, und durch ein Madrider Gesetz vom J. 1534 noch einige Zusätze und ging endlich in die nueva recopilacion vom J. 1567, Lib. IV. tit. 21. l. 2. über.

Die Zusätze aus den Gesetzen von Toro, in welche auch das Madrider Gesetz von 1502 aufgenommen ist, sind folgende: [1])

Ley LXIII.

El derecho de executar [2]) por obligacion personal se prescriva por diez annos, [3]) y la action personal y la executoria [4]) dada sobre ello se prescriva por veyente y no menos; pero donde en la obligacion es hypotheca o donde la obligacion es mixta personal y real, la deuda se prescriva por treynta annos y no menos.

Nach der Version des Dr. Caesar:

Jus exequendi pro obligatione personali praescribatur decem annis, et actio personalis et executoria scriptura

---

1) Gomez Comm. in leges Taurinas pag. 489. et 491.

2) El derecho de executar heißt nichts Anderes, als jus paratae executionis, im Gegensatz zur action personal, nehmlich der actio in factum, von welcher oben Kap. II. §. 13. S. 85 die Rede ist.

3) Eine Bestimmung, welche auch in den italienischen Stadtrechten häufig vorkommt. S. Statut von Genua nach der Ausgabe von 1589. Lib. II. cap. III. Belegst. S. 229. Ant. de Canario tr. de guarentigia num. 95. (Tr. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 282b.): quaero: dictat statutum, quod non possit peti executio instrumenti post decem annos, an post X. annos possit creditor agere via ordinaria et inducere instrumentum ad probationem debiti ad finem sententiae condemnatoriae exequendae, non ad finem executionis? Baldus . . . dicit audivisse Bartolum dicentem quod sic.

4) D. h. die auf eingebrachte Exekutivklage ergangene Verfügung wirklicher Exekution.

super eo data praescribatur non minus viginti; verum ubi in obligatione est hypotheca aut obligatio est mixta personalis et realis, debitum praescribatur non minus triginta annis.

Ley LXIV.

Por quando en las ordenanças, que hezimos en la villa de Madrid a quatro dias del mes de Deziembre del anno passado de mil y quinientos y dos annos ay una ordenança su tenor de la qual es este, que se sigue:

Otro si por quando por la ley por nos fecha en las cortes de Toledo ovimos ordenado, que si los deudores, que devian algunas deudas, en quien son fechas execuciones por contractos, obligaciones o por sentencias a pedimiento de los creedores en los deudores o en sus bienes, alegaren paga o otra excepcion, que sea de recebir, que tengan diez dias para la provar, y no se declara, desde quando han de correr los dichos diez dias, declaramos y mandamos, que los dichos diez dias corran desde el dia, que se opusiere a la tal execucion. Y passados los dichos dias si no provare la dicha excepcion, que el remate se haga, como la dicha ley lo dispone, sin embargo de qualquier apelacion, que della se interpusiere, dando el creedor las fianças, como la dicha ley lo manda. Y porque nuestra merced y voluntad es, que la dicha ordenança aya cumplido effecto: porende mandamos, que lo contenido en ella se guarde y cumpla y execute, como en ella se contiene: sin embargo de qualquier apelacion, que dellas se interpongan para ante nos o para ante los oydores de nuestras audiencias o para ante otros qualesquier juezes, o qualquier nullidad, que contra la dicha execucion y remate se alegue.

Nach der Version des Dr. Caesar:

Quoniam in ordinationibus per nos Madridii factis 4. Decembris praeteriti anni 1502. est quaedam, cujus tenor ita habet:

Item quoniam per legem a nobis factam in communi congressu toletano ordinavimus, ut, si debitores aliquorum debitorum, in quibus factae fuissent exsecutiones pro contractibus, obligationibus aut pro sententiis ad creditorum petitionem in debitores latis aut in eorum bona,[5]) allegarent solutionem aut aliam exceptionem receptibilem, habeant decem dies ad illam probandam, et non est declaratum, unde sunt numerandi praedicti decem dies, declaramus et praecipimus, ut praedicti decem dies numerentur ab eo die, quo praedictae exsecutioni debitor se opposuerit, quibus elapsis, nisi exceptionem praedictam probaverit, venditio absolvatur, prout ipsa lex disponit, non obstante quavis provocatione adversus eam interposita, data a creditoribus fideiussione, quemadmodum ipsa lex praecipit. Et quoniam nostra mens et voluntas[6]) est, ut praedicta ordinatio sortiatur plenum effectum, ideo praecipimus, ut, quod habetur in ea, impleatur et fiat, prout in eadem continetur, non obstante quavis provocatione, quae ab ipsis interponatur ad nos aut ad nostrarum audientiarum auditores aut ad alios

---

5) Wörtlich: ut, si debitores, qui debeant aliqua debita, in quos factae sunt executiones pro contractibus obligationibus vel sententiis ad petitionem creditorum in debitoribus seu in eorum bonis (i. e. personaliter vel realiter), allegarent etc. D. h. wenn Schuldner, gegen welche (sey es nun in ihre Person oder in ihre Güter) auf Ansuchen des Gläubigers aus einem Vertrage oder einem Erkenntnisse die Exekution verhängt ist, behaupten u. s. w.

6) Nuestra merced y voluntad: Unser gnädiger Wille.

quosvis judices, sive quavis alia nullitate, quae contra praedictam executionem aut absolutam venditionem allegetur.

Durch die Madrider Verordnung von 1502 war also der in der lex toletana von 1480 nicht ausgedrückte Zeitpunkt, von welchem der Lauf der zehntägigen Beweisfrist beginnt, näher bestimmt.

Durch die L. 64 de Toro war verordnet, daß die Vollstreckung exekutorischer Urkunden durch kein Rechtsmittel, weder durch Appellation noch durch Nichtigkeitsbeschwerde, aufgehalten werden dürfe.

In allen diesen Gesetzen wird vorausgesetzt, daß die zu vollstreckende Urkunde ein öffentliches Instrument sey.

Endlich aber wurde durch nachstehendes Gesetz des Kaisers Karl V., welches zu Madrid im Jahr 1534 ergangen, zu Valladolid im Jahr 1548 erneuert und zuletzt in den XXI. Titel des vierten Buchs der recopilacion von 1567 aufgenommen worden ist, das Recht der paraten Exekution auch auf rekognoscirte Privaturkunden übergetragen:

Ley V.

Que las confessiones y conocimientos reconocidos trayan aparejada execucion.[7])

Porque somos informados, que a causa de no se executar los conocimientos reconocidos por las partes y las confessiones, que se fazen en juizio, como los otros contratos otorgados ante nuestras escrivanos, que traen aparejada execucion, se siguen muchas costas y gastos, y muchas personas por dilatar la paga apelan de las sentencias, que

7) Recopilacion de las leyes de Felipe II. En Madrid 1640. T. I. fol. 351b.

contra ellos se dan: porende ordenamos y mandamos, que de aqui adelante los conocimientos reconocidos por las partes ante el juez, que manda executar, o las confessiones claras fechas ante el juez competente trayan aparejada execucion, y que las nuestras justicias las executen conforme a la ley de Toledo susodicha, que fabla sobre la execucion de los contratos guarentigios.[8])

§. 7.

Man sieht leicht, wie in allen diesen Gesetzen der Grundsatz der Gleichstellung des exekutorischen Rechts schriftlicher Vertragsurkunden mit der Wirksamkeit rechtskräftiger Erkenntnisse festgehalten und in allen seinen Konsequenzen durchgeführt wird.

Auch in Spanien war daher das Verfahren aus exekutorischen Vertragsurkunden kein anderes als das gemeine Exekutionsverfahren; ja die spanische Praxis war in dieser Be-

8) Zu Deutsch:
Gesetz 5. Bekenntnisse und anerkannte Handscheine sollen parate Exekution nach sich ziehen.

Da wir erfahren haben, wie dadurch, daß die von den Parteien anerkannten Handscheine und die vor Gericht abgelegten Bekenntnisse nicht in gleicher Weise exequirt werden, wie die vor unseren Notarien errichteten exekutorischen Urkunden, viele Kosten und Ausgaben entstehen und viele Personen, um die Zahlung zu verzögern, gegen die Erkenntnisse, welche gegen sie erlassen werden, appelliren: also verordnen und befehlen wir, daß von nun an die vor dem Richter, welcher die Exekution verhängt, anerkannten Handscheine, so wie die vor dem zuständigen Richter abgelegten klaren Bekenntnisse parate Exekution nach sich ziehen sollen, und daß unsere Gerichtshöfe dieselben vollstrecken sollen nach Maaßgabe des obgedachten Gesetzes von Toledo, welches von der Vollstreckung der guarentigiirten Verträge spricht.

ziehung noch strenger und formgenauer, als die meisten gleichzeitigen italienischen Stadtrechte.

Das Verfahren begann nehmlich, wie sich aus der Vergleichung der Madrider Ordonnanz von 1502 [1]) mit den früheren Gesetzen ergibt, ohne vorhergehende monitorische Ladung, in Uebereinstimmung mit der ältesten Praxis der weltlichen[2]) und geistlichen[3]) Gerichte Italiens, auf bloses Vorzeigen der Urkunde sofort mit der Verfügung wirklicher Exekution: mit einem unbedingten Exekutionsmandat. Dieses Mandat vollzieht der Exekutor ohneweiters durch Auspfändung fahrender Habe, in deren Ermanglung durch Beschlagnahme liegender Güter, und, wenn auch solche nicht vorhanden sind, durch Gefangennehmung des Schuldners. Die abgepfändeten Gegenstände werden hiernächst nach gesetzlicher Ordnung öffentlich feilgeboten, und, — wenn nicht inzwischen von dem Schuldner Widerspruch gegen die Rechtmäßigkeit der Exekution eingelegt worden ist, — an den Meistbietenden verkauft.

Ob und wann der Schuldner während dieses Verlaufs Widerspruch gegen den Fortgang der Exekution erheben wollte, war dem eigenen Ermessen desselben lediglich überlassen, ohne daß ihm ein bestimmter Termin ad opponendum gesteckt wurde. Die Opposition, welche das Gesetz gestattet, konnte daher bis zum Augenblick des Zuschlags der Exekutionsobjekte an den Käufer eingelegt werden. Von dem Zeitpunkt der eingelegten Opposition lief die zehntägige Frist zum Beweise der Oppositionsgründe. Nach Ablauf dieser Frist wurde je nach dem

1) Siehe L. 64. Taur. — Suarez ad L. Tolet. pag. 518. num. 4; — pag. 520. num. 10. (Belegst. S. 295.) — Parladorio rer. quotid. Lib. I. Cap. XXII. P. V. §. 10.

2) Siehe oben S. 110.

3) Siehe oben S. 141. Note 2.

Erfolge der Beweisführung die Aufhebung oder Fortsetzung des Exekutionsverfahrens verfügt, letztere nach Umständen auf vorgängige Kautionsleistung von Seiten des Gläubigers. Rechtsmittel mit Suspensiveffekt sind nicht gestattet, wohl aber die Zurückforderung des indebite Gezahlten.

Das Verfahren aus Privaturkunden unterschied sich nur dadurch, daß das Exekutionsmandat nicht eher erlassen werden konnte, bevor die Urkunde rekognoscirt war. Nach erfolgter Rekognition trat dasselbe Verfahren, wie aus öffentlichen Urkunden, ein.

Der Mangel einer genauen Bestimmung des Zeitpunkts der Opposition hatte Ungleichförmigkeit in die Praxis gebracht. Ein Gesetz Philipps II. vom Jahr 1566 verordnet daher: 4)

4) Nueva recopilacion. Lib. IV. tit. XXI. l. 19. Ed. Madr. 1640. T. I. fol. 353 b. — Zu Deutsch: Wir verordnen und befehlen: wenn irgend eine Exekution nachgesucht wird und der Richter überzeugt sich, daß die Urkunde, aus welcher (die Exekution) nachgesucht wird, vollstreckt zu werden verdient, so erlasse er seinen Exekutionsbefehl ohne vorgängige Ladung des der Exekution unterliegenden Streittheiles . . . durch Anordnung der Exekution in die fahrende Habe, und in Ermangelung derselben in die liegenden Güter und in die Unterpfänder der Bürgen, und in deren Ermanglung werde der Schuldner gefangen genommen; und im Falle der Mobiliarauspfändung soll binnen neun Tagen ein dreimaliger öffentlicher Ausruf je von drei zu drei Tagen veranstaltet werden, und im Falle der Exekution in liegende Güter binnen 27 Tagen ein dreimaliger Ausruf je von neun zu neun Tagen; und nach veranstaltetem Ausruf soll der Schuldner zur (Vernehmlassung über die) Versteigerung vorgeladen werden . . ., und wenn er nach geschehener Vorladung binnen drei Tagen Widerspruch einlegt und eine rechtmäßige Einrede nach Maaßgabe des ersten und zweiten Gesetzes dieses Titels vorbringt, so beginnen die zehn Tage (welche zur Beweisführung) nach der Opposition (gestattet sind) vom dritten Tag an zu laufen; und wenn keine Opposition innerhalb der besagten drei Tage eingelegt worden ist, soll der Richter die Versteigerung und die Befriedigung des Exe-

.... Ordenamos y mandamos, que quando se pidiere alguna execucion, y al juez le pareciera, que la escritura o recaudo, por que se pide, deve ser executada, dè su mandamiento de execution sin citar a la parte executada para ello, mandando ... la execucion en bienes muebles y en falta dellos en bienes raizes con fianças de saneamiento, y que en defeto de las dichas fianças sea preso el deudor ....; y haziendo se en bienes muebles se den los pregones por nueve dias de tres en tres dias cada uno, y siendo en bienes raizes se den tres pregones en veynte y siete dias de nueve en nueve dias cada pregon; y dados los dichos pregones sea citado el deudor para el remate..., y hecha la dicha citacion si dentro de tres dias se opusiere y alegare excepcion legitima conforme a la ley primera y segunda deste titulo,[5]) corran los diez dias desde la oposicion ... dentro de tercero dia; y no haziendo la oposicion dentro de los dichos tres dias mande el juez hazer remate y pago a la parte, dando las fianças la parte, que pide execucion, que la ley de Toledo y las otras leyes destos Reynos disponen; y haga el remate y pago sin embargo de qualquiera apelacion.

Das Verhältniß der Doktrin zur Praxis und Gesetzgebung war höchst einfach. Ihre Grundlage blieb zu allen Zeiten die Autorität der italienischen Juristen. In diesem Sinne

---

kutionssuchers vollziehen lassen, wenn dieser die Sicherheit bestellt, welche das Gesetz von Toledo und die übrigen Gesetze des Reichs verordnen; und es soll die Versteigerung und Zahlung durch keine Appellation aufgehalten werden.

5) Dieß sind nehmlich die Gesetze Heinrichs IV. vom Jahr 1458, und das Gesetz von Toledo von 1480 mit dem Gesetze Heinrichs III. von 1396.

wurden daher auch alle Fragen entschieden, welche sich aus den Gesetzen nicht unmittelbar beantworten ließen.

Zwar kennen die spanischen Juristen die Formen der clausula guarentigiae im eigentlichen Sinne recht gut; sie erkennen den Gebrauch derselben als eine Eigenthümlichkeit Italiens, besonders Toskanas, an; sie sind sich des Unterschieds zwischen dieser Klausel und der in Spanien vorherrschenden Exekutivklausel wohl bewußt.[6]) Allein bei gleicher materieller Wirksamkeit beider Klauseln[7]) konnte jener Unterschied die Gleichförmigkeit der Doktrin im Wesentlichen nicht stören. Im Gegentheil: man bemühte sich, die Gleichförmigkeit auch in unwesentlichen Dingen möglichst zu erhalten. So ist namentlich die Terminologie der Italiener auch in die Schriften, die Gerichtsverhandlungen, und selbst in die Gesetze der Spanier übergegangen. Auch die spanischen Juristen nannten daher die Exekutivklausel, welche sie selbst als eine ihnen eigenthümliche bezeichnen, eine clausula guarentigiae;[8]) auch ihre exekutorischen Instrumente nannten sie regelmäßig guarentigiirte Urkunden. Unter den Gesetzen ist das Madrider Gesetz vom J. 1534 das erste, in welchem dieser Ausdruck gebraucht wird.

---

6) Suarez l. c. num. 3—8. Belegst. S. 293—295. — Parladorio l. c. §. 11. Belegst. S. 312.

7) Vgl. Suarez l. c. num. 10. Belegst. S. 295—296.

8) Vgl. Gomez ad l. 64. Taur. num. 3. 4. Belegst. S. 306, 307. — Covarruvias var. resol. II, 11. Belegst. S. 309, 310. — Parladorio l. c. §. 11. Belegst. S. 312—313.

Fünftes Kapitel.

Frankreich.

§. 1.

Schriftsteller:

1. Consuetudines Bituricenses commentariis NICOLAI BOERII [1]) illustratae, geschrieben zwischen 1498 und 1509. [2])

Ausgabe:

Consuetudines infrascriptarum civitatum et provinciarum Galliae: Bituricensis Nicolai Boërii, Aureliensis Pyrrhi Englebermei, Turonensis Joannis Sainsonii commentariis illustratae, nunc autem recognitae, dispunctae ac distinctae melius a Dionysio Gothofredo Francof. 1598 f. [3])

2 Consuetudines Aurelianae civitatis PYRRHI ANGLEBERMEI [4]) commentariis illustratae.

---

1) Vgl. Belegst. S. 318.
2) Nehmlich unter der Regierung Ludwigs XII. und vor Chassenaeus.
3) Nach Lipenius, Bibl. jur. I, 552. auch Francof. 1611. f.
4) Joh. Pyrrhus Anglebermeus oder Englebermeus, gebürtig aus Orleans aus einer angesehenen Familie, Professor zu Orleans, Lehrer des Molinaeus im J. 1526.

Nach der obengenannten Ausgabe von Dionysius Gothofredus.

Schrieb zwischen Boërius und Chassenaeus.

3. Consuetudines ducatus Burgundiae fereque totius Galliae, commentariis BARTHOLOMAEI DE CHASSENAEO[5]) illustratae.

Schrieb um's Jahr 1509.[6])

Ausgaben:

a. Lugduni ap. haeredes Simonis Vincentii MDXXXV. fol.

b. Francof. 1574. fol.[7])

4. PETRUS REBUFFUS:[8])

a. Tractatus de litteris obligatoriis regio sigillo vel alio authentico signatis; geschrieben im Jahr 1543.[9])

Ausgabe: Commentaria in constitutiones s. ordinationes regias . . . authore Petro Rebuffo cum additamentis Audomari Rebuffi, Petri nepotis. Lugd. 1581 f.[10]) T. I. pag. 39—110;

b. Tractatus de chirographorum et cedularum recognitione;

Ausgabe: Commentaria in constitutiones etc. T. I. pag. 111—134.

---

5) S. Belegst. S. 324.

6) Chassenaeus ad tit. IV. (De droicts et appartenances a gens mariez.) §. 7. (Le mari et la femme.) num. 11. Ed. Frcf. 1574. pag. 639, wo er von Jason de Mayno sagt: quia adhuc vivit hoc anno Domini 1509.

7) Andere Ausgaben s. bei Lipenius I, 546.

8) Gebürtig von Montpellier; lehrte zu Cahors, Bourges, Poitiers und Paris; starb 1557.

9) Rebuffus de litt. obl. art. I. gl. 6 num. 5.

10) Nach Lipenius I. 543 auch Lugd. 1599. f. Amstelod. 1668. f.

§. 2.

Exekutorische Urkunden, lettres exécutoires, kommen in Frankreich, insbesondere in den südlichen Provinzen, in welchen das römische Recht vorherrschend war, erweislich wenigstens schon zu Anfang des XIV. Jahrhunderts vor.

Auch hier war es Sitte, solchen Instrumenten eine quasi judicialis confessio und ein praeceptum executivum einzuverleiben, um das Recht der paraten Exekution (exécution parée) zu begründen.

So kommt schon bei Petrus de Bellapertica, welcher im J. 1308 gestorben ist,[1]) folgendes Zeugniß vor:

Quaeritur de confessione emissa per modum jurisdictionis voluntariae: indigeo pecunia, dico mutues mihi decem et confitebor, vado ad officialem et confiteor, quod teneor tibi in decem; non reperio legem loquentem, tamen non est necessaria sententia, sed sic video consuetudinem interpretari: judex mandat executionem fiendam.[2])

Aehnliches Zeugniß gibt Johannes Faber.[3])

In einzelnen französischen Statuten war auch — in genauer Nachahmung der italienischen Stadtrechte[4]) — dem die Urkunde ausfertigenden Notar zum Behuf der Beifügung dieses praeceptum in confessum die Eigenschaft eines judex ordinarius ausdrücklich beigelegt. So in den coustumes de Poictou art. 322:

---

1) S. Belegst. S. 314.

2) Petrus de Bellapertica in l. un. C. de confess. Belegst. S. 315.

3) Jo. Faber in L. un. C. de confessis. Belegst. S. 317; — Idem in L. 13 C. fam. hercisc. Belegst. a. a. O.

4) S. oben Kap. II. §. 9. S. 68, 69.

Et lesdicts notaires peuvent juger et condempner les parties des convenances, qu'ils accorderont et consentiront: car ils sont juges quant à ce. Et peut on par tel juge requerir et faire faire exécution, comme ce estoit juge ordinaire de ladicte court etc.[5])

Spätere Zeugnisse für den Gebrauch der Exekutivklausel, sowohl nach Art der weltlichen, als der geistlichen Praxis Italiens, finden sich bei Nicolaus Boërii,[6]) welcher besonders die Provinzen Auvergne und Limosin nennt, bei Petrus de Vergnia (um's Jahr 1500), welcher die Beifügung der Exekutivklausel als eine allgemeine Gewohnheit aller französischen Notare, sowohl der geistlichen als weltlichen Gerichte, bezeichnet,[7]) endlich bei Petrus Rebuffus, welcher dasselbe für die Provinzen Languedoc, Provence und Dauphiné, für den Bezirk des Parlaments von Toulouse und überhaupt für das ganze pays de droit écrit bezeugt,[8]) obwohl derselbe

5) Nach Brewer, Gesch. der französischen Gerichtsverfassung Thl. 1. (Düsseldorf 1835) S. 406. Note*), welcher jedoch über das Alter dieser coutumes nichts angibt. [Der Nouveau Coutumier general etc. par Charles A. Bourdot de Richebourg. Paris. 1724. wo sich die allegirten coustumes als anciennes coustumes du pays de Poistou T. IV. p. 743—772. finden, setzt das Alter derselben in das Jahr 1514, was aber nur von einer Revision derselben gilt. Das ganze Statut besteht aus 381 Artikeln in 15 Titeln. In einer späteren Redaction v. J. 1559. (T. IV. cit. p. 775 ff.) sind die wesentlichen Bestimmungen des Art. 322 weggelassen.] — Auf dieses Statut scheint Rebuffe (de litt. oblig. prooem. num. 29) hinzudeuten: vide aliam practicam in stylo Pictonum, rubr. *des causes sur execution.*

6) Boërius in consuetud. Bituric. tit. II. §. 27. Belegst. S. 319, 320.

7) Petr. de Vergnia, Additio ad Buttrigarium in l. error C. de juris et facti ignor. Belegst. S. 321 a. E. u. 322.

8) Rebuffus de litt. oblig. prooem. num. 13—18 pag. 39—40:

annimmt, daß in Gemäßheit der Verordnungen Franz' I. vom Jahr 1539 die exekutorische Kraft schriftlicher Urkunden durch das ganze Königreich lediglich durch die Besiegelung der Urkunden mit dem Gerichtssiegel begründet sey.

Mit diesem Gebrauche des Siegels aber verhält es sich folgendermaaßen.

Da die Notare in Frankreich im Allgemeinen mit der quasirichterlichen Amtsgewalt, welche zur Erlassung eines praeceptum judicis in confessum erfoderlich ist, nicht bekleidet

---

Quaedam sunt instrumenta confessionata seu guarentigiata ab Italis sic dicta. Et sunt illa, quae continent praeceptum a notario parti debitum confitenti factum . . . Requiritur tamen secundum eos (Italos), quod notarius in sui officii creatione sit factus judex ordinarius . . .; alias . . . non habebit hanc jurisdictionem, etiam si factus fuerit notarius, quando consuetudo hoc non haberet. Haec tamen verba (sc. creavit eum judicem ordinarium) in regno Franciae per Regem non solent apponi. Quamvis de consuetudine in ressortu Tholosano notarii in contractibus soleant hoc facere praeceptum parti, ut solvat intra X dies vel aliud tempus conventum inter partes, quod si non solverit die in instrumento statuto tale instrumentum sicut judicis praeceptum habet executionem, ita ut excommunicari possit is, qui habuit praeceptum a notario; et ita vidi in forensi judicio observari. Caturci (Cahors) et Itali hac etiam utuntur praxi. Istud etiam servatur in Hispania teste Petro Belluge in speculo principum . . . ubi etiam in Delphinatu servari dicit; et probat Campesius . . . Corneus . . . et Socinus. — Idem l. c. num. 20: ***Practica instrumentorum patriae juris scripti.*** Alia etiam utuntur practica Occitani (Languedoc) Romani (Romans) et Provinciales (Provence): videlicet si aliquis mihi mutuet centum, ego promittam eidem reddere infra mensem, alioquin in instrumento constituam Titium et alios practicantes in curia seneschali seu alterius judicis ordinarii procuratores ad confitendum dictum debitum et ad capiendum praeceptum judiciale nomine constituentis.

waren, so mußte man sich in jenen Theilen, wo nicht ausdrückliche Statuten bestanden, wie jenes von Poitou, frühzeitig daran gewöhnen, das praeceptum in confessum von dem wirklichen Richter einzuholen. Die Notare fertigten die Urkunde, in welcher sich die Parteien nach dem Beispiel der älteren Cameralobligation dem Gerichtszwang eines bestimmten Gerichts unterwarfen und das mandatum executivum entgegen nahmen, worüber nun auch von dem in der Submission genannten Gericht durch Beidrückung des Gerichtssiegels Urkunde ertheilt wurde. Sich unter einem gewissen Siegel verpflichten hieß daher nichts anderes, als das praeceptum executivum von demjenigen, welcher das Siegel führt, übernehmen. Die Wirksamkeit der Besiegelung war aber verschieden je nach der Amtsgewalt des Gerichts, dessen Siegel beigedrückt ist; denn exekutorische Vertragsurkunden, wie rechtskräftige Erkenntnisse, hatten Anspruch auf parate Exekution nur in dem Sprengel desjenigen Gerichts, von welchem der exekutorische Akt ausging. Die höchste richterliche Amtsgewalt hatte der Kanzler von Frankreich, als Verwalter der Justizgewalt des Königs; die wirksamste Verpflichtung war somit die unter dem (großen) königlichen Insiegel, welches der Kanzler des Reichs führte. Schon sehr frühe wurde es daher Sitte, sich unter dem königlichen Siegel zu verpflichten; und zu diesem Behufe wurden erst einzelne Gerichtshöfe in den Provinzen mit dem sogenannten kleinen königlichen Insiegel betraut, später aber überall eigene Kontrakts-Siegler, scelleurs, garde-scels, aufgestellt, welche gewissermaaßen als Delegirte des Kanzlers von Frankreich im Namen des Königs siegelten.

So berichtet Albericus de Rosciate († 1354) nach Oldradus de Laude († 1335):

In Monte Pessulano statutum est, quod obligans se ad

sigillum parvum regis Franciae non possit opponere nisi tres exceptiones, sc. solutionis, rei judicatae et pacti de non petendo[9]; numquid aliae legitimae exceptiones admittantur? videtur, quod sic . . .; et ita dicit dominus Oldradus fuisse pronunciatum in Monte Pessulano.[10])

Ein gleiches, wohl noch älteres, Privilegium genossen die Meßgerichte von Champagne und Brie, deren Petrus de Vergnia und Rebuffe gedenken.[11]) Aus einer Ordonnanz Philipps des Schönen vom Jahr 1311 geht hervor, daß man sich schon damals bemühte, dem Gebrauche dieser Privilegien die möglichste Ausdehnung zu geben, indem man sich ihrer auch zu anderen als Meß-Geschäften bediente. Dessen werden besonders die italienischen Kaufleute beschuldigt.[12])

Je mehr seit Philipp dem Schönen die Könige von Frankreich bemüht waren, ihren Einfluß auf das ganze Notariatswesen als eine Prärogative der Krone aufrecht zu erhalten, jemehr die Bestellung eigener Kontraktssiegler im ganzen Lande überhandnahm, um so frequenter mußte der Gebrauch der mit dem königlichen Insiegel gesiegelten exekutorischen Urkunden,

---

9) Vgl. oben Kap. II. §. 15. Note 9.

10) Alb de Rosciate, commentar. de statutis. P. I. qu. 152. Tract. Venet. 1584. T. II. P. 2 fol. 25. — Vgl. die nächste Note.

11) Petrus de Vergnia l. c. Belegst. S. 322. — Rebuffus de litt. obl. prooem. num. 9—11: Aliud [sigillum] est, quod Rex habet in pluribus locis sui regni ad sigillandum contractus. — Nota tria esse sigilla, quae attrahunt ad se jurisdictionem, videlicet sigillum Praepositi Parisiensis, sigillum parvi sigilli [sic] Montispessulani junctum obligationi praecedenti, tertium est sigillum nundinarum Campaniae et Briae.

12) Les Loix, Ordonnances et Edicts des Treschrestiens Rois de France etc. depuis Sainct Lois jusques au Roy Henry II. Paris. 1557. f. fol. 2[b]. — Siehe unten Anhang III.

lettres obligatoires passées (confectes, faictes) sous le séel royal, werden.

Doch wurde dadurch der Gebrauch anderer rechtmäßiger Gerichtssiegel nicht ausgeschlossen. Ja den Herzogen von Burgund war es durch königliches Privilegium gestattet worden, ein eigenes von dem Kanzler des Königs unabhängiges Kanzleramt zu halten. In Burgund leiteten daher die untergeordneten Siegler das Recht zur Siegelung von der Kanzlei des Herzogs ab.[13])

Die Siegelung war also insofern allerdings nothwendig, als durch sie das dem Vertragsinstrument beigefügte praeceptum executivum den Charakter einer richterlichen Handlung und somit gerade die Eigenschaft erhielt, ohne welche durch ein solches praeceptum das Recht der paraten Exekution nicht begründet werden konnte. Und nur in diesem Sinne

13) Chassenaeus in consuetud. Burgund. Ad conclusionem et approbationem, ad v. Nous avons faict mettre nostre seel. num. 6. (Ed. Frcf. 1574. pag. 1525): habemus in Burgundia ex privilegio Regis cancellariam olim datam, virtute cujus obligati sub illo sigillo possunt cogi realiter non obstante oppositione; et sic obligationes et instrumenta recepta sub dicto sigillo habent executionem paratam, quae possunt dici instrumenta guarentigiata; et in illis requiritur sigillum et est necessarie apponendum, cum ita se habeat consuetudo. Et ideo Christianissimus Rex Carolus, cognoscens dictum sigillum cancellariae contractuum Burgundiae esse magnae efficaciae et authoritatis voluit et mandavit Dominis de Parlamento Parisiensi et etiam in privilegium concessit Domino Duci Burgundiae, ejus avunculo, anno Domini 1383, quod obligationes receptae sub dicto sigillo mitterentur executioni contra debitores non obstante oppositione. Et adhuc Christianissimus Rex Ludovicus XII nobis Burgundis istud privilegium reservavit et intertenuit, ita, quod habemus in plurimis locis judices hujusmodi cancellariae, qui tantummodo de privilegiis hujus sigilli cognoscunt.

konnten die französischen Juristen des XVI. Jahrhunderts das Siegel als die Quelle der exekutorischen Wirksamkeit schriftlicher Vertragsurkunden bezeichnen.

Keineswegs aber läßt sich die Wirksamkeit der Siegelung so verstehen, als ob dadurch jemals der Gebrauch der Exekutivklausel verdrängt worden wäre. Denn gerade durch die Weglassung der Exekutivklausel würde die Siegelung selbst ihren eigentlichsten Sinn verloren haben.[14]) Zudem brachte es die der französischen Gerichtsverfassung eigenthümliche scharfe Sonderung des eigentlichen Richteramts von der vollstreckenden Gewalt mit sich, daß kein Instrument, auch nicht einmal das von dem ordentlichen Richter in einer streitigen Rechtssache ergangene rechtskräftige Erkenntniß, zur Exekution gebracht werden konnte, ohne vorher zu diesem Behuf in exekutorischer Form, d. h. mit Beifügung eines an die Diener der vollstreckenden Gewalt (sergens, huissiers) gerichteten Exekutionsmandats, ausgefertigt zu seyn. Endlich würde für die ununterbrochene Fortdauer des Gebrauchs der Exekutivklausel schon der Umstand überzeugenden Beweis liefern, daß noch heutigen Tags die exekutorischen Urkunden Frankreichs genau nach derselben Formel errichtet werden, welche den bisherigen Nachweisen zu Folge schon vor beiläufig fünfhundert Jahren im Gebrauch gewesen seyn muß.

Da nehmlich der scelleur, welcher mit dem königlichen oder herzoglichen Siegel siegelte, als Delegat des königlichen oder herzoglichen Kanzlers, den König oder Herzog als Inhaber der höchsten Gerichtsbarkeit selbst repräsentirte, so war

14) Das Amt der Siegler wurde erst zu Ende des XVII. Jahrhunderts aufgehoben; seitdem fällt die Funktion des Sieglers mit der des Notars zusammen und dieser ist daher ein wahrer judex chartularius im altitalienischen Sinn.

es von jeher und ist bis auf den heutigen Tag Sitte geblieben, das Exekutionsmandat im Namen des Königs oder Herzogs auszufertigen.[15]) Hiermit übereinstimmend lautet noch heutigen Tags die Formel der in Frankreich gebräuchlichen exekutorischen Urkunden folgendermaaßen:

Louis Philippe etc. Roi des Français etc. à tous présents et à venir salut. Faisons savoir, que par-devant le Notaire N. N. à N. furent présents etc. (ist der Vertrag in extenso einzurücken) . . . Mandons et ordonnons à tous huissiers sur ce requis, de mettre ces présentes à exécution, à nos procureurs-généraux et royaux d'y tenir la main, et à tous commandants et autres officiers de la force publique de prêter main-forte quand ils en seront bien et legalement requis. En foi de quoi nous avons fait sceller ces présentes, que furent faites et passées à N. le . . . . et ont lesdites parties, après lecture faite, signé etc.

Ganz dieselbe Exekutivformel muß, wie vor Alters so noch heute, den rechtskräftigen Erkenntnissen beigefügt werden, ehe dieselben vollstreckt werden können.

§. 3.

Das Institut der exekutorischen Urkunden hat sich in Frankreich sehr lange blos durch die Praxis der Notare und Gerichte erhalten. Es wird in den älteren Statuten und königlichen Verordnungen gewöhnlich nur gelegentlich und unter stillschweigender Anerkennung der bestehenden Praxis erwähnt. So z. B. in den coutumes von Bourges (Provinz Berry):

Item et aussi en matiere de execution faicte par vertu de lettres obligatoires confectes soubz le seel royal, ou

15) Vgl. Brewer Gesch. der franz. Gerichtsverfassung Bd. I. S. 400 ff.

par vertu dune sentence donnee par lesdicts juges ou autres juges royaulx, se il y a opposition formee au contraire par celui, qui est obligé, ou par celui, qui est condemne, esdicts cas celui, qui est trouvé avoir tort par sentence, composition, accord ou transaction, dobit amende a justice de soixante solz Parisis seulement selon la coustume, usance et commune observance: mais se autre personne, que l'oblige ou le condemne se oppose contre ladicte execution: il ny a audict cas aucune amende de justice a cause de ladicte opposition. [1])

Und in den Ordonnances du Roy Charles VIII. sur le faict et ordre de la justice vom 11. Juli 1493:

Article LIV.

Des obligations faictes soubz seel Royal.

Item que toutes executions, qui se feront par vertu d'obligations faictes soubz seel Royal ou autre seel authentique dedans les fins et limites, ou il est autenthique, que non obstant oppositions ou appellations quelzconques et sans prejudice d'icelles la main soit garnie reaulment et de faict et que par quelques inhibitions generales (si elles ne sont au cas particulier) que l'on ne differe de passer oultre. [2])

Nicht selten mag die Ausdehnung des exekutorischen Rechts auf Privaturkunden Veranlassung zur Aufnahme des Instituts in die Statuten gegeben haben.

---

1) Coustumes de la ville et septaine de Bourges tit. II. §. 27. Boerii comm. pag. 57.

2) Les Loix, Ordonnances etc. des Rois de France. Paris 1557. fol. 49.

Hierher gehören die ziemlich vollständigen Bestimmungen der coutumes von Orleans,[3] welche in der vorliegenden Gestalt wohl nicht älter sind, als aus der zweiten Hälfte des XV. Jahrhunderts:

Vingt et uniesme chapitre.

Dès executions faictes par vertu de lettres obligatoires et sentences.

CCCXLVII.

Lettres obligatoires faictes et passees soubz seaulx royaulx ou autre seel autentique de court laye sont executoires et portent garnissement de main contre loblige.

CCCL.

Lettres obligatoires de constitution de rente, soit fonciere ou autre, sont executoires contre loblige pour les arreraiges, qui pourroient estre deubz, pour autant de temps, que laction personelle dure . . . .

CCCLX.

Lettres et gaigemens passez par autre notaire ou greffier que de court laye ne gisent en execution, si non quil y ayt debitis.

---

3) Les coustumes des bailliage et prevoste d'Orleans et ressors diceulx. Lesquelles danciennete ont este vulgairement appellees les coustumes de Lorryz pource que Lorryz est une des chastellenies dudict bailliage, ou elles furent lors redigees par escript. Ein und zwanzig Kapitel mit fortlaufenden Paragraphen; in der Ausg. der Consuet. Aurel. Francof. 1598. fol. 127—145.

CCCLXVI.

Tous clercz prebstres et layez, quant sont convenuz par devant le juge lay pour cognoistre ou nyer cedules faictes soubz leur seel ou seing manuel, ilz sont tenuz icelles cognoistre ou nyer par devant ledict juge lay et y respondre quant a la dicte cognoissance.

CCCLXVII.

Cedule privee et recogneue ou prouvee port garnison de main contre le debteur subject a la jurisdiction seculiere, qui a faict ladicte cedule, en tel maniere, que le debteur est tenu de consigner et garnir la main de justice du debt contenu en ladicte cedule; et jusques a ce, quil ait fourny, ne doit estre ouy a aucune exception et defense proposer ou alleguer. Toutesfoyes si icelles cedules estoient conditionelles et que la condition importast cognoissance de cause, il sera au surplus a la discretion du juge, parties ouyes, ordonner de ladicte consignation.

CCCLXVIII.

Aucun notaire-tabellion ne peut valablement passer ne recevoir lettres ne contractz oultre leur chastellenie ou jurisdiction, sinon les notaires des chasteletz de Paris, Dorleans et de Montpellier: qui par privilege peuvent et ont accoustume recevoir et passer tous contractz par tout le royaulme de France.

Nach Rebuffe kam der Gebrauch exekutorischer Privaturkunden im pays de droit écrit noch im XV. Jahrhundert nicht vor.[4])

---

4) Rebuffus de cedul. recogn. §. 1. num. 43. pag. 115.

§. 4.

Das erste allgemeine Landesgesetz, welches vollständige Bestimmungen über das exekutorische Recht der Vertragsurkunden enthält, ist die am 6. September 1539 publicirte Ordonnanz Franz' I. über die Abkürzung der Processe. Durch dieselbe wurde denn auch das exekutorische Recht der Privaturkunden für alle Landestheile anerkannt:

Ordonnance du Roy François sur le faict de la justice et abbreviation des proces.[1])

Article LXV.

De l'execution de lettres obligatoires soubs seaulx Royaulx.

Que lettres obligatoires, faictes et passees soubs seel Royal, seront executoires par tout nostre Royaume.

Article LXVI.

De l'execution des lettres obligatoires soubs seaulx autentiques.

Et quant à celles, qui sont passees soubs autres seaulx autentiques, elles seront aussi executoires contre les obligez ou leurs heritiers en tous lieux, ou il seront trouvez demourans, lors de l'execution et sur tous leurs biens, quelque part qu'ils soyent assis ou trouvez: pourveu qu'au temps de l'obligation ils feussent demourans au dedans du destroict et jurisdiction, ou lesdicts seaulx sont autentiques.

1) Les Loix, Ordonnances et Edicts du Treschrestien Roy François etc. Paris 1557. fol. 63 bis 71b. — Die hieher gehörigen Artikel dieser Ordonnanz sind auch in den beiden oben angeführten Traktaten des Rebuffe abgedruckt.

Article LXVII.

De mettre es contracts les demourances des contrahans.

Et à ceste fin tous notaires et tabellions seront tenus mettre par leurs contracts sur peine de privation de leurs offices et d'amende arbitraire les lieux des demourances des contrahans.

Article LXVIII.

Que garnison se fera es mains du creancier par provision.

Et si contre l'execution desdictes obligations y a opposition, sera ordonné, que les biens prins par execution (et autres, s'ils ne suffisent,) seront vendus et les deniers mis en ses mains, non obstant oppositions ou appellations quelsconques, par provision, en baillant par le creancier bonne et suffisante caution et se constituant achepteur de biens de justice.

Article LXIX.

Si on procede par action en lieu d'execution, n'y aura qu'un default.

Et ou les creanciers n'auront commencé par execution, mais par simple action, si l'expoict est libellé et porte la somme, pour laquelle on veult agir, y aura gaing de cause par un seul default avec le sauf selon la distance des lieux, en faisant apparoir par le creancier du contenu en sa demande par obligation autentique comme dessus.

Article LXX.

Si l'exploict n'est libellé, y aura deux defaulx.

Si l'exploict n'est libellé, par deux defaulx y aura pareil proufit, pourveu que par le premier soit inseree la

demande et conclusion du demandeur et qu'il informe comme dessus.

Article LXXI.

Forme de poursuyvir l'heritier d'un obligé.

L'heritier ou maintenu estre heritier de l'obligé, adjourné par exploict libellé devement faict et recordé, pour veoir declarer executoire l'obligation passee par son predecesseur, s'il ne compare, sera par un default avec le sauf selon la distance du lieu ladicte obligation declaree executoire par provision sans prejudice des droicts dudict pretendu heritier au principal; et si l'exploict n'est libellé, ce sera par deux defaulx, pourveu que par le premier soit inseree la demande et libelle du demandeur comme dessus.

Article LXXII.

Le maintenu heritier pourra estre executé à la charge des dommages et interests.

Et pourra neantmoins le creancier, si bon luy semble, faire executer lesdictes obligations ou condamnations contre le maintenu heritier, sans preallablement faire faire ladicte declaration de la qualité d'heritier, de laquelle suffira informer par le proces, si elle est deniee, à la charge des depens, dommages et interests, si ladicte qualité n'est verifiee.

Article LXXIII.

Peine des mal executans et des obligez non satisfaisans.

Et aussi d'une amende envers nous et la partie que nous voulons estre imposee pour la calumnie des demandeurs en matiere d'execution, s'ils succumbent, comme aussi contre les obligez, qui n'ont fourny calumnieusement et sans cause an contenu de leur obligation dedans le temps sur ce par eulx promis et accordé.

Article LXXIV.

Perquisition de meubles en execution tollue.

Qu'en toutes executions, ou il y a commandement de payer, ne sera besoing pour la validité de l'exploict de criees ou autre saisie et mainmise de personne ou de biens faire perquisition de biens meubles, mais suffira dudict commandement devement faict à personne ou à domicile.

Article LXXV.

Contre ceulx, qui seront en demeure de satisfaire.

Et encores ne sera disputé de la validité ou invalidité dudict commandement, quand il y aura terme certain de payer par les obligations ou par les sentences jugemens ou condamnations devement signifiees.

Article LXXXXII.

Touchant la congnoissance des cedules.

Que toutes parties, qui seront adjournees en leurs personnes en congnoissance des cedules, seront tenuz icelles congnoistre ou nier en personne ou par procureur specialement fondé par devant le juge seculier, en la jurisdiction duquel seront trouvez, sans pouvoir alleguer aucune incompetence, et ce avant que partir du lieu, ou lesdictes parties seront trouvees: autrement lesdictes cedules seront tenues pour confessees par un seul default et emporteront hypotheque du jour de la sentence, comme si elles avoyent esté confessees.

Article LXXXXIII.

Quand une cedule deniee aura hypotheque.

Si aucun est adjourné en congnoissance de cedule, compare ou conteste deniant sa cedule et par apres elle

est prouvee par le creancier, l'ypotheque courra et aura lieu du jour de ladicte denegation et contestation.

§. 5.

Ueber das Verfahren, welches sich zum Theil aus den vorstehenden gesetzlichen Bestimmungen von selbst ergibt, wollen wir mit steter Rücksicht auf die sehr vollständigen Mittheilungen Rebuffe's nur die Hauptpunkte zusammenstellen.

Die Gleichstellung exekutorischer Vertragsurkunden mit rechtskräftigen Erkenntnissen bildet auch hier den Mittelpunkt, parate Exekution den Endzweck alles Verfahrens.

Wie nun in Frankreich die Vollstreckung eines in exekutorischer Form ausgefertigten Erkenntnisses nicht bei dem Richter, sondern unmittelbar bei dem Diener der vollziehenden Gewalt nachgesucht wurde, so konnte auch die Vollstreckung einer exekutorischen Vertragsurkunde regelmäßig mit Umgehung des Richters unmittelbar bei dem Exekutor nachgesucht werden, commencer par exécution.

Dem Exekutor stand aber keinerlei richterliche Funktion zu und es war deßhalb nicht möglich, die Berichtigung irgend eines der richterlichen Kognition bedürftigen Umstands, von welchem etwa die Geltendmachung des exekutorischen Rechts in einem gegebenen Falle abhängig war, nach dem Beispiel der italienischen Praxis [1]) im Laufe des Exekutionsverfahrens nachzuholen. In solchen Fällen konnte daher mit Betretung des streng exekutorischen Wegs der Anfang nicht gemacht, es mußte vielmehr vorerst der ordentliche Richter angegangen werden, — commencer par simple action, — um vor dem-

1) Vgl. oben Kap. II. §. 13. S. 86; — §. 14. S. 89, S. 91, 92; — §. 17. S. 108, 109.

selben das der paraten Exekution entgegenstehende Hinderniß zu beseitigen und die Urkunde auch für den gegebenen besonderen Fall für exekutorisch erkennen zu lassen.

Hieher gehört unter anderen der häufig vorkommende Fall der Geltendmachung des exekutorischen Rechts gegen den Erben des ursprünglich Verpflichteten. Nach einer uralten Rechtsparömie: le mort saisit le vif, mais le vif ne saisit pas le mort[2]) war parate Exekution wohl dem Erben des ursprünglich Berechtigten, nicht aber gegen den Erben des ursprünglich Verpflichteten gestattet. Zwar hatte Franz I. durch Artikel 72. der obenangeführten Ordonnanz vom Jahr 1539 in dieser Beziehung eine Neuerung eingeführt, indem er verordnete, daß der Gläubiger gegen denjenigen, welchen er als Erben des ursprünglich Verpflichteten in Anspruch nehmen will (le maintenu heritier), allerdings mit der Exekution anfangen darf, so daß die Frage, ob dieses der wahre Erbe sey, erst nach vollzogener Beschlagnahme der Exekutionsobjekte und nur auf ausdrücklichen Widerspruch des Exequirten von dem Exekutor an den Richter verwiesen und von diesem entschieden wurde. Allein schon Heinrich II. hob durch ein Edikt vom 4. Merz 1549[3]) den Artikel 72. auf und stellte das alte Recht wieder her:

---

2) Vgl. coustumes d'Orleans, chap. XXI. art. 349. (Ed. Frcf. 1598 fol. 142): . . . par ce que par la coustume gardee audit bailliage et prevoste Dorleans le mort execute le vif et non econtra.

3) Edict du Roy contenant abrogation, ampliation, correction et modification d'aucuns articles des ordonnances faictes par le feu Roy en l'an mil cinq cens trenteneuf: avec l'arrest de la cour de parlement . . . publié en parlement le quatriesme jour de Mars mil cinq cens quaranteneuf.

Henry, par la grace de Dieu Roy de France: Sçavoir faisons etc.: Que nous ayans faict veoir en nostre conseil privé avec bonne et notable assistence certaines remonstrances à nous faictes par noz amez et feaulx, les gens de nostre cour de parlement à Paris: Sur aucuns poincts et articles des ordonnances faictes par le feu Roy nostre sire treshonoré seigneur et pere, que Dieu absolve, à Villiers costerets au mois d'Aoust mil cinq cens trenteneuf: Sur le faict de la justice et publiees en ladicte cour le seiziesme (leg. sixiesme) jour de Septembre audict an en suyvant:

Avons par advis et deliberation de nostredict conseil privé declairé, statué et ordonné, declairons statuons et ordonnons, que la soixante et douze, quatre vingts et un, six vingts et cinq, et six vingts et sixiesme articles desdicts ordonnances n'auront plus de lieu: Et ne seront doresenavant aucunement observees: Mais se reigleront les juges et les parties selon et ainsi qu'ils faisoyent au paravant icelles ordonnances. [4])

Ein zweiter, noch häufiger vorkommender Fall der Nothwendigkeit des commencement par simple action trat bei der Exekutivklage aus Privaturkunden ein, weil hier der Vollstreckung immer ein gerichtliches Rekognitionsverfahren vorhergehen mußte. [5])

---

4) Les Ordonnances et Edicts du Roy Treschrestien Henry deuxiesme du nom, depuis son advenement à la couronne jusques à present. Paris 1557. fol. 49[b].

5) Gleicherweise bei der Exekutivklage aus einer illiquiden öffentlichen Urkunde, weil hier mit dem Liquidationsverfahren begonnen werden mußte. Rebuffus ad art. LIV. gl. IX. num. 8. sqq. pag. 47.

Endlich war dem Gläubiger das commencement par simple action auch außer den Fällen der Nothwendigkeit natürlich unverwehrt.

Diese simple action nun ist nichts Anderes, als die oben schon mehrmals erwähnte actio in factum, ihrem Gegenstande nach auf das exekutorische Recht des Klägers, auf die Exequibilität der Vertragsurkunde, beschränkt, mithin eine wahre Exekutivklage. Der Zweck derselben war daher nicht auf den Nachweis und die richterliche Anerkennung der materiellen Rechtmäßigkeit des der Urkunde zu Grund liegenden Hauptgeschäfts, sondern auf den Nachweis und die richterliche Anerkennung des Rechts auf exekutive Beitreibung der versprochenen Leistung gerichtet; — der Beklagte wurde nicht zur Verhandlung über das Hauptrecht vorgeladen, sondern: pour voir declarer exécutoire l'obligation,[6]) ad videndum pronunciari instrumentum exequendum, s. executioni mandandum, s. executionem mereri.[7])

Den allgemeinen Klagegrund bildet die Behauptung der exekutorischen Eigenschaft der Urkunde überhaupt, den besonderen die Behauptung derjenigen Thatsache, deren rechtliche Ungewißheit im gegebenen Fall der paraten Exekution entgegensteht, also z. B. die Behauptung, daß der Beklagte der Erbe des ursprünglich Verpflichteten sey.

Durch die unmittelbar nur gegen das behauptete exekutorische Recht des Klägers gerichtete Vertheidigung des Beklagten mittels peremtorischer Einreden nach Maaßgabe der

---

6) Ordonnance de François I. Art. 71.

7) Vgl. oben Kap. II. §. 17. Note 11; auch Statut von Padua, Belegst. S. 198, — Statut von Rom Lib. I. cap. 75. Belegst. S. 243 a. E. — Statut von Lucca Lib. I. cap. 122, Belegst. S. 268.

oben[8]) entwickelten italienischen Doktrin konnten jedoch mittelbar auch Verhandlungen über das Hauptrecht herbeigeführt werden.

§. 6.

Das Verfahren selbst war unbestimmt summarisch,[1]) d. h. so bündig, als es die Beschränkung auf den bestimmten Gegenstand des Streits und die Erörterung der in Beziehung auf diesen Gegenstand in jedem gegebenen Fall zur Verhandlung gezogenen Fragen gestattete.

Charakteristisch ist die Bestimmung, daß die erste Ladung des Beklagten zur Verhandlung der Sache sofort peremtorisch seyn soll.[2])

Im Verhandlungstermin hat der Kläger zum Beweis seiner Klage die Urkunde, deren Exequibilität er behauptet, zu produziren;[3]) der Beklagte hat alle an sich zulässigen Einwendungen gegen die Exequibilität vorzubringen.[4]) Für zulässig

---

8) Kap. II. §. 15. S. 98—101.

1) Rebuffus de litt. obl. ad art. LXX. gl. I. num. 10 pag. 97; — ad art. LXXI gl. I. num. 17. p. 98.

2) Ordonnance de François I. Art. 69: y aura gaing de cause par un seul default; — art. 71: sera par un default . . . ladicte obligation declaree executoire.

3) Art. 69 cit.: en faisant apparoir par le creancier du contenu en sa demande par obligation autentique. Rebuffus ad h. art. gl. V num. 7 sqq. pag. 83. — Es wurde aber ein Urkundenbeweis nur über den Hauptpunkt, nehmlich über die Existenz der exekutorischen Verpflichtung verlangt; der außerdem noch erforderliche Beweis, z. B. zum Behuf der Liquidation, konnte mit jeder Art von Beweismitteln geführt werden; Rebuffus ad Art. LIV. gl. IX. num. 11 pag. 47.

4) Rebuffus ad Art. LXX. gl. I. num. 10 p. 97; — ad Art. LXXI. gl. I. num. 17. pag. 98.

galten dem Princip nach jene Einreden, welche auch nach einem rechtskräftigen Erkenntniß noch vorgeschützt werden können;[5]) in der That aber ließ man alle denkbaren Einreden zu,[6]) so jedoch, daß sie den Fortgang des Exekutivverfahrens nur insofern hemmen konnten, als sie in continenti, d. h. innerhalb einer vom richterlichen Ermessen abhängigen Frist, erweislich waren.[7])

War nun der gehörig[8]) vorgeladene Beklagte im Verhandlungstermin ungehorsam ausgeblieben, der Kläger aber mit seinen Beweismitteln erschienen, so wurde der Beklagte nach Maaßgabe der Beweisführung des Klägers[9]) sofort in

---

5) Rebuffus ad Art. LIV. ordinationum Caroli VIII gl. IX. num. 41—42. pag 50: Item possunt opponi aliae exceptiones, quae opponuntur post sententiam, de quibus per glossam et doctores in L. 1 C. de jur. et facti ignorantia . . ., quia alibi Bartolus ait, quod executio instrumenti aequiparatur executioni sententiae, . . . et Baldus . . et Ludovicus Romanus . . .; quod est notandum, ut a sententia et re judicata arguamus ad istud instrumentum obligatorium.

6) Rebuffus l. c. num. 6—44 pag. 46—51. — Ausnahmen bilden jedoch manche Statuten, indem sie nur gewisse Einreden zulassen, z. B. von Montpellier und von Nimes (Provinz Languedoc); Rebuffus l. c. num. 26 in f. pag. 49.

7) Rebuffus l. c. num. 2, num. 17—19, num. 23, num. 27. num. 35; — Idem ad art. LXX. gl. I. num. 12 pag. 97; — Idem ad art. LXXI. gl. I. num. 2, num. 17.

8) Dazu gehört die Bekanntmachung des Beklagten mit dem Inhalte der Klage (exploict libellé), die Zuziehung von Zeugen (exploict recordé), die Androhung des Präjudizes; cf. Rebuffus ad art. LXIX. gl. IV. pag. 94—95.

9) Wobei jedoch der blose Ungehorsam des maintenu heritier hinreichte, denselben par provision zur Erfüllung der von seinem angeblichen Erblasser eingegangenen exekutorischen Verbindlichkeit zu verurtheilen; art. 71 cit. und Rebuffus ad h. art. gl. I. num. 4. pag. 97., gl. III. 1 et 2. pag. 99. Nur wenn der maintenu heritier erschienen war und die behauptete Eigenschaft als Erbe aus-

contumaciam verurtheilt, d. h. die von dem Kläger produzirte Urkunde gegen den Beklagten für exekutorisch erklärt. Dasselbe geschah, wenn der Beklagte im Verhandlungstermin lediglich Einreden opponirt hatte, welche entweder an sich irrelevant, oder zwar relevant, aber nicht in continenti erweislich waren. [10]) Die Verurtheilung geschah in allen Fällen, in welchen nicht ein unbedingtes Geständniß des Beklagten vorhergegangen war, mit ausdrücklichem Vorbehalt des Hauptrechts, par provision. [11]) Die Vollstreckung dieses Erkenntnisses konnte durch keine Appellation aufgehalten werden. [12]) Wenn daher der Beklagte nicht Zahlung leistete, in welchem Falle er von dem Kläger Kaution für die Zurückerstattung des etwa indebite Gezahlten verlangen konnte, so mußte er sich die Auspfändung gefallen lassen, garnir la main de justice; zur Feilbietung und zum Verkauf der abgepfändeten Gegenstände konnte aber nicht eher geschritten werden, bis der Kläger die ebenbezeich-

---

drücklich geläugnet hatte, mußte der Kläger den Beweis dieser Eigenschaft liefern (Rebuffus ad art. LXXI gl. III. ad art. LXXIII. gl. III. num. 2. pag. 101), was durch eine eidliche interrogatio in jure, aber auch auf jede andere Weise geschehen konnte; Rebuffus ad art. LXXI. gl. I. num. 17. pag. 98. ad art. LXXII. gl. III. num. 3. pag. 102.

10) Rebuffus ad art. LIV. gl. IX per tot. („tamen si exceptio opposita non probetur in continenti, judex debet debitorem condemnare, saltem per modum provisionis, ad garniendum.“ num. 17. l. c.)

11) Art. 71: par provision sans prejudice des droicts au principal. Vgl. Art. 54. der Ordonn. Karls VIII. verb. et sans prejudice d'icelles la main soit garnie. Art. 68. verb. par provision. — Rebuffus ad art. LXX. gl. I. num. 10—12. pag. 97.

12) Art. 54. non obstant . . . appellations quelzconques. Art. 68. — Rebuffus ad art. LIV gl. X pag. 52—53; ad art. LXVIII. gl. VI. pag. 82.

nete Kaution geleistet hatte.[13]) Leistete er diese nicht, so wurden die Pfänder bis zum Ausgange des Streits über das Hauptrecht sequestrirt.

Sobald der Beklagte garnirt hatte, war der Exekutivprozeß beendigt. Der Anspruch auf Zurückvergütung der geleisteten Zahlung oder auf Freigebung der abgepfändeten Gegenstände konnte nicht nur durch eine selbstständige Klage, sondern auch durch Fortsetzung des in judicio executivo begonnenen Verfahrens über die in continenti nicht erwiesenen Einreden geltend gemacht werden; im letzteren Fall nahm das weitere Verfahren den Charakter des ordentlichen Prozesses an.[14])

§. 7.

Die Zulässigkeit des commencement par exécution, der paraten Exekution im eigentlichsten Sinne des Worts,[1]) setzt immer eine Urkunde in vollkommen glaubwürdiger, exekutorischer Form voraus, deren Inhalt so beschaffen ist, daß er als Inhalt eines rechtskräftigen Erkenntnisses gedacht ohneweiters vollstreckbar wäre.[2])

---

13) Art. 68: en baillant le creancier bonne et suffisante caution. — Rebuffus ad art. LIV. gl. IX. num. 2, 3. pag. 46. ad art. LXVIII. gl. VII. pag. 82, 83. — Idem in tract. de sententiis executoriis non obstantibus oppositionibus et appellationibus in hoc Franciae Regno exequendis, art. I. gl. XV. (Comment. in constitutiones regias. Lugd. 1581. pag. 196, 197.)

14) Rebuffus ad art. LIV. gl. IX. num. 44. pag. 51. ad art. LXX. gl. I. num. 10.

1) S. oben Kap. II. § 13. S. 85, 86.

2) Hieher gehört besonders vollkommene Liquidität. Rebuffus ad art. LIV. gl. IX. num. 8. pag. 47: Et quamvis id dicatur liquidum, quod sine morosa dilatione probari potest . . ., tamen, ut instrumentum executionem habeat, oportet, quod omnino sit liquidum et certum ex inspectione

Der Gläubiger, welcher ein solches Instrument vollstrecken lassen will, wendet sich unmittelbar an den Exekutor (sergent, huissier).[3]) Dieser fordert den Schuldner vorerst zur Zahlung auf. Erfolgt die Zahlung nicht, so wird der Schuldner von dem Exekutor mit Zuziehung zweier Zeugen sofort gepfändet; die abgepfändeten Gegenstände werden, sofern Einwendungen gegen die Exekution nicht vorliegen, öffentlich verkauft.

Hat jedoch der Schuldner entweder bei der Pfändung oder doch noch vor dem Vollzuge des Verkaufs Einwendungen gemacht, so hält der Exekutor zwar nicht mit der Wegnahme der Pfänder, wohl aber mit dem Verkaufe ein und kündigt beiden Theilen sogleich den Termin zur Verhandlung über die vorgebrachten Einwendungen vor dem ordentlichen Richter an. Hier ist nun das Verfahren dasselbe, welches im Falle des commencement par simple action stattfindet. Der Richter erkennt, wenn die vorgebrachten Einreden an sich

---

instrumenti sine aliqua dilatione: ut pone, quod aliquis instrumento regio sigillo signato promisit mihi sarcire damna . . ., ex illo instrumento non habebo executionem antequam de damno appareat liquido et antequam judex declaret, quid, quale quantumve sit, per sententiam.

3) Rebuffus ad art. LIV. gl. IX. num. 2. pag. 46: Unde apparitor inprimis praecipit debitori, ut solvat summam contentam in instrumento obligatorio; et si pars non solvat vel se opponat, serviens aures habet obtusas, donec habeat pignora et bona debitoris, quae postquam habuerit diem dicit certam opponenti coram judice competente, ad quem cognitio oppositionis pertinebit, ad dicendum causas oppositionis, quas si allegaverit et brevi decidi non possunt, requirit creditor, ut debitor interim pendente processu solvat per modum provisionis sive garniat praestita cautione de restituendo . . .; si debitor tunc non alleget justam causam in contrarium, condemnabitur à garnir par maniere de provision; et demum executio fiet non obstante partis appellatione.

irrelevant sind, sofort unbedingt auf Fortsetzung der Exekution; wenn sie an sich gegründet sind und in continenti erwiesen werden, unbedingt auf Aufhebung der Exekution; wenn sie in continenti nicht erwiesen werden und der Kläger Kaution für dereinstige Zurückvergütung leistet, auf Zahlung respektive Fortsetzung der Exekution par provision.

Der Schuldner kann sich aber gegen ein exekutorisches Instrument nicht nur durch Einreden, sondern auch durch eine Vorklage auf Ungültigkeits-Erklärung, cancellato, sichern. Zur Begründung dieser Klage kann Alles dienen, was die Ungültigkeit oder Erlöschung der in der Urkunde eingegangenen Verpflichtung darzulegen geeignet ist. Durch den Streit über die Cancellation darf jedoch der Exekutivprozeß nicht aufgehalten werden; der Schuldner muß daher bis zum Ausgang jenes Streits par maniere de provision zahlen oder Pfänder geben.[4])

§. 8.

Die Exekutivklage aus Privaturkunden ist eine simple action, deren specieller Klagegrund auf der Behauptung der Aechtheit der Urkunde beruht. Die besondere Aufgabe des Klägers ist daher der Nachweis dieser Aechtheit, welcher regelmäßig durch Vorladung des Beklagten zur Rekognition oder Diffession[1]) versucht wurde. Hierdurch ergaben sich von selbst jene Formen des Verfahrens, welche noch heutigen Tags den gemeinen deutschen Exekutivprozeß charakterisiren.

Dieß kann nicht anschaulicher und bündiger nachgewiesen werden, als indem wir die Beschreibung, welche Rebuffe von der Gerichtspraxis seiner Zeit liefert, mit dessen eigenen Worten wiedergeben:

4) Rebuffus l. c. num. 45 sqq. pag. 51.

1) cognoistre ou nyer.

Praxis curiarum super recognitione cedulae.

Notandum est, quod solent practicantes in hac Parisiensi civitate hac uti praxi:

Primo porrigunt supplicationem judici contra partem, in qua narrant mutuum vel aliam causam debiti.

Secundo illi supplicationi adjungunt cedulam et petunt a judice, quod talis, qui mutuum recepit, ut apparet per suam cedulam, veniat ad confitendum dictam cedulam vel negandum.

Tertio concedit judex supplicanti, ut citetur illa pars.

Quarto citatur et in citatione mittitur exemplum [cedulae], quod copiam vocant; et ad illum effectum citatur, ut veniat ad confitendum vel negandum etc.

Quinto si compareat pars citata, confiteri tenebitur aut negare, quod scripsit; si eam se scripsisse negaverit pars, [actor] petit diem ad verificandum illam scripturam: sic *à verifier deüement la dicte cedule estre escripte de sa main,* quod fit vel per testes vel per comparationem [literarum] ut superius dictum extitit.

Sexto si non comparuerit, ob contumaciam pro recognita habebitur et confessata: . . non ipso jure . ., sed requiritur judicis pronunciatio.

Septimo si pars scripsisse confiteatur et nihil contra cedulam dicat, (quod rarum est,) quominus solvere debeat, ad solvendum condemnatur; si vero dicat, se scripsisse seductus dolo aut metu, condemnabitur ad garniendum pendente processu: salvis suis exceptionibus, quas in processu principali probare poterit. 2)

---

2) Rebuffus de chirographorum et cedularum recognitione, ad art. XCII. num. 2. pag. 122.

Sechstes Kapitel.

Deutschland.

§. 1.

Schriftsteller:

1. MATTHIAS COLERUS,[1]) Tractatus de processibus executivis in causis civilibus et pecuniariis, ad practicam fori Saxonici passim accommodatus, beendigt am 1. Februar 1586.

   Ausgabe, nach welcher ich citire: Editio secunda ex ipsius auctoris recognitione diligentissimâ in pluribus locis auctior et castigatior. Jenae 1595. f.[2])

2. PETR. FRIDERUS, Mindanus, de mandatis et monitoriis judicialibus sine clausula tractatus, beendigt im Januar 1596.

   Ausgabe: Frcf. 1596. 8. als zweiter Theil des Tractats de processibus, mandatis et monitoriis in imperiali Camera extrahendis et de supplicationibus, quae pro iis fiunt, rite formandis. Francof. 1595. 8.

1) Geb. 1530 zu Altenburg, war Professor zu Leipzig und Jena, wo er im J. 1587 starb.

2) Auch Jenae 1605. 1615. f. Francof. 1651 f. Colon. 1686. 1718. f.

3. PETR. HEIGIUS, († 1599) Quaestiones juris tam civilis quam Saxonici. P. II. Qu. 7: de executione parata ex instrumentis publicis et privatis propter conventiones partium, statuta aut consuetudines etc.

Ausgabe: s. l. 1601. 4. P. II. p. 66—82.

4. LUDOV. GILHAUSEN, Arbor judiciaria s. processus absolutissimus tam civilis quam criminalis. Cap. X. De processu executivo.

Ausgabe: Francof. 1625. f. p. 623—666.

5. **David Mevius**, († 1670) Commentarius von wucherlichen Contracten, (zu des Herzogthums Bremen Constitution von den wucherlichen Contracten vom 9. December 1580,) Th. I Cap. 3: Von dem Schuld- und Credit-Wesen in Deutschland.

Ausgabe: Erfurt 1729. 4. S. 21—37.

6. JO. HENR. DE BERGER, Electa processus executivi, geschrieben im J. 1702 als Dissertation (Resp. Jo. Henr. de Karass); ejusdem supplementa ad electa proc. exec.

Ausgabe: Lipsiae 1745. 4. mit Additionen von Thomas Hayme.

7. **Aug. Sig. Kori**, Ueber den Executivproceß und die Wiederklage nach gemeinem und Königl. Sächsischem Recht. Dresden 1813. Jena 1826. 8.

8. **C. J. A. Mittermaier**, Der gemeine deutsche bürgerliche Proceß. Beitrag IV, (Bonn 1826.) §. V: Der deutsche Executivproceß. [Zweite Ausg. Bonn, 1840.]

9. (Fleischmann.) Einige Worte über den Executivproceß und dessen Executionsinstanz, besonders in hypothekarischen Schuldsachen. Coburg 1829. 8.

10. Außerdem sind noch die zahlreichen Lehr- und Handbücher des deutschen Civilprozesses, die Kommentare der deutschen Juristen sowohl zu den Gesetzsammlungen des gemeinen Rechts als der deutschen Partikularrechte wichtig.[3]) Rutger Rulant's Thesaurus juris executivi[4]) enthält außer einem Abdruck des Traktats von Asinius[5]) gar nichts Brauchbares.

§. 2.

In Deutschland hat wohl keine Partie des gesammten Rechtsgebiets den Einfluß des römischen Rechts so lange abgewehrt, als das Schuldrecht. Dasselbe wurde noch das ganze XV. Jahrhundert hindurch, unverfälscht von den Subtilitäten des römischen Rechts, im ganzen Reich mit Feuer und Schwert gehandhabt.[1]) Erst gegen Ende des XV. Jahrhunderts begann die Verzweiflung der deutschen Nation über diese volksthümliche Herrlichkeit ernsthaft zu werden:[2]) zahlreiche Versuche, die schwer auf dem Volke lastende Unsitte der übermüthigsten Eigenmacht, welche den damaligen Zustand des deutschen Schuldwesens charakterisirt, theils leidlich zu organisiren,[3])

---

3) Ich glaubte aus der großen Masse von Literatur, welche hier angeführt werden könnte, nur so viel herausgreifen zu dürfen, als zur Charakteristik unseres Gegenstands hier, im historischen Theile, eben hinreicht; vollständigere Angabe der Literatur gehört in den dogmatischen Theil. Auf den dogmatischen Werth der hier aufgeführten Schriften kam es begreiflicher Weise auch nicht an.

4) Francof. 1624. f.

5) Siehe oben Kap. II. §. 1. Num. 4.

1) Datt de pace publica, Lib. I; — Gerstlacher corp. jur. germ. Bd. I. Cap. IV. S. 153 ff.

2) Gerstlacher a. a. O. S. 165—167.

3) Hieher gehört noch die Reformation Friedrichs III. vom J. 1442.

theils abzuschaffen,[4]) waren fast spurlos vorübergegangen, bis endlich durch die bekannten Reichsgesetze vom Jahr 1495 eine durchgreifende Reform des bisherigen Zustandes wenn auch nicht unmittelbar herbeigeführt, doch wenigstens kräftig vorbereitet wurde. Der ewige Landfriede, im Jahr 1495 zu Worms aufgerichtet, zerschnitt den Hauptnerv des damaligen deutschen Schuldrechts durch Abschaffung des Faust- und Fehde-Rechts und gab dadurch wenigstens Raum für einen besseren Rechtszustand; die gleichzeitige Errichtung eines stabilen Reichskammergerichts gewährte die Möglichkeit rechtlicher Hülfe zum Ersatz der bisherigen Eigenmacht; die Kammergerichtsordnung, durchweg auf die Grundsätze des gemeinen Rechts im Sinne der damals in den romanischen Ländern herrschenden Praxis gegründet, zeigte Art und Weise, wie jene rechtliche Hülfe gegen den säumigen Schuldner zu erlangen sey. Durch alle Gesetze dieses Reichstags geht die Voraussetzung hindurch, daß das römische Recht, freilich in seiner damals schon vielfach modernisirten Gestalt,[5]) als gemeines Recht im ganzen deutschen Reiche verbindlich sey.

Als ein gemeinrechtliches Institut aber hatte sich das Institut der guarentigiirten Urkunden damals schon überall in den romanischen Ländern geltend gemacht, so daß schon Covarrubias (im J. 1552) dasselbe als einen gemeinen Gebrauch nicht nur Italiens, sondern der ganzen Christenheit bezeichnen konnte;[6]) als ein gemeinrechtliches Institut war es daher stillschweigend mit der Reception des römischen Rechts überhaupt

4) Durch Aufrichtung verschiedener Landfrieden, welche aber freilich gerade im Schuldrecht allzuwenig Ernst zeigten und noch weniger befolgt wurden.

5) Vgl. oben Kap. I. §. 9.

6) Covarruvias var. resolut. Lib. II. Cap. XI. Belegst. S. 309.

auch in Deutschland aufgenommen. Dasselbe ist demnach nicht als ein Ueberbleibsel der verdrängten einheimischen Rechte, sondern als ein Anhängsel der eindringenden fremden Rechte in Deutschland aufgekommen, so zwar, daß die Eigenthümlichkeiten des Einheimischen erst untergegangen seyn mußten, ehe das Fremde an die leer gewordene Stelle eintreten konnte.

In dieser Beziehung ist folgende Bestimmung des Landfriedens von 1495, durch welche die vertragsmäßige Verpflichtung des Schuldners zur Duldung eigenmächtiger und gewaltthätiger Angriffe des Gläubigers für alle Zeiten verboten und unkräftig erklärt wurde, von großer Wichtigkeit:

> „Es soll auch wider diesen Frieden nyemandt mit Verschreibung, Pflichten, oder in eynich ander Wege verpunden seyn oder werden, die Zeit diß Land-Friedens, wann wir solichs alles in Krafft unser Kuniglichen Oberkait Krafftloß und unpündig erkennen und erklären; doch sol dasselbig in andern Stükken, Punkten und Artickeln derselben Verschreibung, Pflicht oder Verpüntnüß jrer Innhalt unverletzlich und unschädlich seyn, und sol dieser Land-Frieden nyemandt an seiner aufrichtigen Schuld-Verschreibung nemen oder geben, geben oder nemen.“ 7)

Indem wir nun glauben, die Geschichte des Instituts der exekutorischen Vertragsurkunden und somit des Exekutivprozesses in Deutschland mit der Epoche der Reichsgesetzgebung von 1495 beginnen zu müssen, so haben wir vorerst einigen Zweifeln und Mißverständnissen zu begegnen, welche sich hierüber nach verschiedenen Seiten erheben könnten.

---

7) N. Samml. der Reichsabsch. Th. II. S. 5. §. 9; — Bergmann Corp. jur. jud. S. 10.

Auf der einen Seite nehmlich könnte geltend gemacht werden, daß die Kenntniß und das praktische Ansehen des römischen Rechts und der aus dem Einflusse desselben hervorgegangenen modernen Institute der romanischen Nachbarländer auch wohl im Schuldrecht in einzelnen Theilen Deutschlands schon längere Zeit vor dem Jahr 1495 befestigt gewesen sey, daß daher das Institut der guarentigiirten Urkunden, sofern die Einführung desselben in Deutschland von der Reception des römischen Rechts abhängig gemacht werden wolle, schon früher, wenn auch nicht als etwas Gemeingültiges im Reiche, doch als etwas Partikularrechtliches in der Territorialpraxis, in Land- und Stadtrechten, vorgekommen seyn dürfte. Eine solche Möglichkeit läßt sich allerdings nicht bestreiten: insbesondere konnten die gelehrten Juristen Deutschlands der Bekanntschaft mit der italienischen Doktrin kaum entgehen; und im bürgerlichen Verkehr mußte wenigstens die Bekanntschaft mit der ausländischen Urkundenform aller Art nicht nur in den Grenzgegenden, sondern auch in den entlegeneren deutschen Handelsstädten frühzeitig vorkommen. Ein Beispiel aus einer Trierschen Urkunde vom Jahr 1405 führt Mittermaier[8]) an, indem er bemerkt, „daß am Schlusse der Urkunde alle Kraft (ähnlich einer französischen Notariatsurkunde) beigelegt und den Kontrahenten alles Recht gegeben werde, glycher wys als ware es yn mit rechten Scheffen-Urtel im vollen gerite erteilt und zugewyst." Dieß erinnert allerdings lebhaft nicht nur an die französische, sondern mehr noch an die spanische Praxis.[9]) Allein es ist nicht bekannt,

---

8) Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß. Beitrag II. §. II. Note 7. (2. Ausg. S. 49.)

9) Siehe oben Kap. IV. §. 4. S. 167.

ob und in welcher Weise die eigenthümliche Wirksamkeit solcher Urkunden von den Gerichten anerkannt worden ist. Ueberhaupt habe ich kein geschichtliches Zeugniß auffinden können, mit welchem die Existenz des Instituts der guarentigiirten Urkunden in Deutschland vor dem Jahr 1495 nachgewiesen werden könnte.

Allerdings zwar findet man die nehmlichen Exekutivklauseln, welchen späterhin die Kraft der clausula guarentigiae beigelegt worden ist, schon in deutschen Urkunden einer viel früheren Zeit;[10]) Mittermaier glaubte eine sichere Spur des Exekutivprozesses in dem altdeutschen Dwernachtsprozeß,[11]) eine noch zuverläßigere Spur aber in dem alten Pfandungsrechte der Deutschen gefunden zu haben.[12]) Das Register dieser Spuren läßt sich auch noch reichlich vermehren, wenn

---

10) Auf dergleichen Urkunden aus den Jahren 1370 und 1373 macht Mittermaier Beitr. IV. §. VI. (1. Ausg. S. 130. Note 10, zweite Ausg. S. 193 Note 13.) aufmerksam.

11) Um den Zauber dieses ungewohnten Klanges zu lösen, wollen wir die hieher gehörige Bestimmung des auch von Mittermaier angeführten Stadtrechts von Dortmund aus dem XIV. Jahrhundert aus Dreyers Nebenstunden S. 425 wörtlich mittheilen:

De judicio dicto Dwernacht.

Item habemus quoddam jus, quod dicitur Dwernacht, quod incipit currere in crastino purificationis Sancte Marie virginis et in crastino beati Swiberti exspirat. Et est tale jus, quod quincunque Burgensis convenit alium coram judicio pro aliquibus debitis, si fatetur debitum, debet illud in medietate [immediate?] solvere proxima die ante occasum solis, et si non solverit, vadiabit judici duabus vicibus et tertia vice actori et debet accipere pignus suum. Item idem jus incipit currere in crastino annunciationis Sancte Marie virginis et durat ad XXIIII dies et tunc exspirat.

12) Mittermaier a. a. O. §. V. 1. Ausg. S. 107. [Anders aber in der 2. Ausg. derselben Schrift, Bonn. 1840. S. 155.]

man dazu Alles verwenden darf, was von Schuldnern und Gläubigern, von Exekution und Pfandung, von Siegel und Brief verlautet. So lange aber in allen diesen Spuren nicht eine Spur der spezifischen Eigenthümlichkeiten zu entdecken ist, welche sich aus dem Rechte der paraten Exekution der italienischen Guarentigia herausgebildet haben und noch heut zu Tage den gemeinen deutschen Exekutivprozeß charakterisiren, muß man diese Spuren ein für allemal aufgeben.[13]) Nicht als Quellen, sondern nur als zufällige Anknüpfungspunkte für die Doktrin können dergleichen Erscheinungen aus den einheimisch deutschen Rechten noch einige Rücksicht verdienen, insofern nehmlich an dieselben von deutschen Juristen schon vor Alters nicht selten die ganze moderne Lehre von der Wirksamkeit guarentigiirter Urkunden wohl oder übel angeknüpft[14]) und dadurch allerdings zur Verbreitung und Befestigung des Instituts wesentlich beigetragen worden ist.

Gegründeter als alle diese Bedenken könnte auf der entgegengesetzten Seite der Einwurf erscheinen: ob nicht der von uns gewählte geschichtliche Anfangspunkt noch zu weit zurück verlegt sey. Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß die Wirksamkeit der Reichsgesetze von 1495, insbesondere des Verbots der Selbsthülfe, keineswegs so plötzlich und allgemein war, als es auf den ersten Anblick scheinen möchte: die eingefleischte Lust an eigenmächtiger Gewaltthätigkeit kam auch

---

13) Hier, wo es sich um eine positive, nicht um eine negative Geschichte des Exekutivprozesses handelt, glauben wir sie nicht einmal zum Zwecke der Widerlegung weiter verfolgen zu müssen.

14) Wie dieß in ähnlicher Weise auch in Frankreich und Spanien vorkommt; als Beispiele dienen die Kommentare des Alphonsus de Montalvo zum Landrecht von Castilien, des Chassenaeus zu den Coutumes von Burgund.

nachher noch oft genug zum Ausbruch, ehe es gelang, sie durch gewaltsamen Druck niederzuhalten; das Ansehen des neuen Reichskammergerichts war Anfangs sehr schwankend; der Glaube an die Verbindlichkeit des fremden Rechts in einfachen Schuldsachen war noch lange nicht allgemein befestigt. Zudem war ja die Wirksamkeit sämmtlicher Reichsgesetze von 1495 gar nicht unmittelbar auf die Einführung oder Sanktion des Instituts der guarentigiirten Urkunden gerichtet: durch die Aufhebung der Selbsthülfe und die Reception des fremden Rechts war zwar die Möglichkeit, nicht aber die Nothwendigkeit des sofortigen wirklichen Gebrauchs jedes einzelnen mit dem fremden Rechte überkommenen Rechtsmittels gegeben; es liegt vielmehr in der Natur der Sache, daß man sich desselben gleich einer unbekannten Waffe erst nach und nach allgemein bedienen lernte.

Nichts desto weniger aber hat die Reichsgesetzgebung von 1495 ihre selbstständige historische Bedeutung für unseren Gegenstand eben dadurch, daß sie den ersten entschiedenen Ausdruck einer Reform der Nationalgesinnung enthält, aus welcher sich die Umgestaltung auch der äußeren Rechtszustände nach und nach herausgebildet hat. Sie kann und soll deßwegen auch nur als Anfangspunkt der Periode bezeichnet werden, in welcher der Glaube an die Verbindlichkeit des fremden Rechts in Schuldsachen allmählich Raum gewann, die Bekanntschaft mit dem Institute der guarentigiirten Urkunden immer mehr verbreitet und der Gebrauch desselben nach und nach in immer weiteren Kreisen befestigt wurde.

Wir werden in einzelnen Beispielen zeigen, wie dieser Erfolg durch die Praxis der Gerichte und Notarien, durch statutarische Gesetzgebung, durch den Einfluß der gelehrten Juristen herbeigeführt worden ist.

§. 3.

Die ältesten Zeugnisse über das Vorkommen des Instituts der guarentigiirten Urkunden in Deutschland finden sich zu Anfang des XVI. Jahrhunderts in den gedruckten Vorlesungen des Freiburger Professors Ulrich Zase:[1])

In Italia instrumenta habent paratam executionem ex statuto, ac si esset sententia definitiva lata. Sic in nostra Germania habemus confessata, quae recipiuntur ab officialibus episcoporum, dum debitor confitetur et additur decretum judicis: quae confessata habent instar instrumentorum, de quibus jam diximus.[2])

Confessata coram judicibus facta, etiam si causam non habeant, valent; quod est notandum Doctoribus his, qui de instrumentis Guarentigiatis loquuntur, quae ego ad confessata secundum nostrae Germaniae mores traduco; vide l. sicut C. de repud. haered. Bald. in l. 2. C. de execu. rei jud. Cyn. l. 1. C. de confess. Imol. in l. 3. D. quis et a quo appella. . .[3])

. . . nota, quod confessio in judicio facta habet executionem paratam: hinc oriuntur confessata in Consistoriis ecclesiasticis, ubi alia probatione non opus est.[4])

---

1) Er ist geboren zu Costnitz im J. 1461, war zuerst Advokat und Notar des Consistoriums zu Costnitz, wurde im Jahr 1494 Stadtschreiber zu Freiburg im Breisgau, bekleidete ebendaselbst vom J. 1501 an juristische Lehrämter und starb im J. 1535.

2) Lectura in l. qua quisque actione D. de edendo. (Udalrici Zasii opp. Lugd. 1550. f. T. I. p. 545. num. 22.)

3) Zasius in l. a. Titio D. de V. O. (Lectura in tit. de V. O. Lugd. 1550 p. 500. num. 16.)

4) Idem in l. post rem D. de re jud. (Opp. Lugd. 1550 T. III. p. 510.)

Es scheint hieraus hervorzugehen, daß vor Allem die Praxis der geistlichen Gerichte, welche von Italien aus so weit, als die Hierarchie reichte, verbreitet war, einen bedeutenden Antheil an der Einführung und Verbreitung des Exekutivprozesses in Deutschland gehabt hat. Hiezu war sie besonders deßhalb sehr geschickt, weil sie die Gründe ihrer Geltung nicht aus irgend einer singulären Vorschrift moderner Gesetzgebung, sondern aus bekannten Bestimmungen des gemeinen Rechts hergeholt hatte, mithin überall, wo gemeines Recht galt, nicht nur Anerkennung finden, sondern auch die weltlichen Gerichte zur Nachahmung anregen mußte. Jedenfalls war es den Laien unverwehrt, sich des geistlichen Notariats zu bedienen, und von dieser Befugniß mag zu einer Zeit, da noch das Notariat der Gelehrsamkeit und die Gelehrsamkeit der Geistlichkeit angehörte, vielfach Gebrauch gemacht worden seyn.

Zudem war ja als gemeinschaftliches Fundament der gesammten ausländischen Praxis, nicht nur der geistlichen, sondern auch der weltlichen Gerichte Italiens, Spaniens und Frankreichs, ein scheinbar ganz einfacher und gemeingültiger Grundsatz hingestellt, mit welchem die Grundsätze des einheimisch deutschen Rechts ohne Schwierigkeit verknüpft, ja sogar identifizirt werden konnten. Den Grundsatz, daß der einer Schuld Geständige nicht erst für schuldig erkannt, sondern nur zur Zahlung gezwungen zu werden brauche, hat wohl kein Volk der Welt in seinen Rechten jemals verläugnet und besonders in den deutschen Rechten kommt er in verschiedenen Gestalten vor. Konnte man nicht die kuntlichen und unlogenbaren Schulden, deren gewaltsame Beitreibung die deutschen Rechte gestatteten, selbst wenn man auf den Wortlaut sieht, füglich für dasselbe gelten lassen, was die ausländischen debita

confessata mit ihrer paraten Exekution waren? Schon Zase in der zweiten der oben angeführten Stellen scheint diese Ansicht geltend gemacht zu haben und bei den späteren Juristen kommt sie vielfältig vor. Besonders war es die Territorialpraxis, welche, formell an die einheimischen Gesetze gebunden, diesen Weg sehr häufig betrat, um ohne ausdrückliche Verfügungen der Gesetzgebung und mit scheinbarer Aufrechthaltung der bisherigen einheimischen Gesetze dem fremden Institute Eingang zu verschaffen: indem sie auf diejenigen Fälle, in welchen man schon nach deutscher Sitte schleunige Exekution gewohnt war, das Recht der paraten Exekution guarentigiirter Urkunden mit all den einzelnen Modalitäten des Verfahrens, welche sich aus den geschichtlichen Grundlagen dieses Instituts in den romanischen Ländern herausgebildet hatten, ohne weiters übertrug.

In dieser Weise hat man z. B. in Baiern von jeher nachstehende Bestimmung der Gerichtsordnung vom J. 1518 benützt:[5])

Vmb bekenntlich schulld: vnd gesprochen gellt.

„Wo yemanndt vmb schulld, der Er bekhennt, oder vmb „gesprochen gellt beclagt wirdet. Sol der Richter, wo der „Klager vnd Antwurter bed inwoner des Gerichts sind, „schaffen, das der anntwurtter den clager in den nägsten „viertzehen tagen bezale. Ist aber der clager ain Gast vnd „im lannd nit gesessen, sol jm Richter allßdann die bezalung „von dem anntwurter, wo der sein gerichtzmann ist, von ainem „mittag zum andern verschaffen. Thät der anntwurter des

5) v. Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. jur. Bavarici judic. Kap. 3. §. 3. lit. e. (München 1754. f. S. 57.)

„nit, so sol der Richter dem Clager allßdann sölicher schulld „durch pfanndtung vnnd mittl der Ganntl verhellffen, wie „recht ist.“ [6])

Offenbar ist hier nur von einem wahren Geständniß im streitigen Rechte die Rede. [7])

Doch kommen auch schon sehr frühe Statuten vor, bei welchen bald eine geflissentliche Nachahmung der ausländischen Praxis, bald wenigstens der Einfluß der fremden Doktrin wahrzunehmen ist.

Hierher sind zuvörderst solche Statuten zu rechnen, welche ähnlich dem alten Stadtrecht von Padua [8]) etwa nur die Gleichstellung der confpssio per modum jurisdictionis voluntariae mit der confessio per modum jurisdictionis contentiosae aussprechen, wie z. B. die Untergerichtsordnung des Erzstifts Mainz vom J. 1534:

„Von bekandtnussen.“

„So der beklagt vor sitzendem gericht eyn schult oder „anders, dardurch er dem kleger pflichtig, bekent sein würde, „soll es darfür gehalten werden, als ob solchs mit vrtheyl „gegen jm erkent were, vnd jm zimliche zeit vnd schub gegeben „werden, seiner pflicht vnd bekantnuß nach den kleger zu ent„richten.

„Wo auch eyner etwas inn das gerichtbuch erkennen „wolt, soll zum wenigsten vor zweien schöffen oder Richtern

6) Reformacion der bayrischen Lanndrecht nach Cristi vnsers Hailmachers geburde Jmm fünftzehenhundert vnnd achtzehendm Jar Aufgericht, Tit. 7. Artik. 7. (officielle Ausgabe, ohne Druckort und Jahrzahl, in Folio, Blatt 27.)

7) Dieß ergibt sich noch besonders aus dem Zusammenhang mit dem vorhergehenden Artikel.

8) Vgl. Chrestom. v. Belegst. S. 191—192.

„vnd dem gerichtschreiber mit erzelung vrsach solcher bekantnuß „und andern vmbstenden beschehen, vnd sunst inn das gerichts„buch nit geschriben werden.

„Die erkantnußen, so ausserhalb rechtens vor Notarien „vnd zeugen oder sunst vor erbarn leuthen mit erzelung vrsa„chen, warumb oder aus was grundt, vnd inn beisein der „partheien oder gegentheyls solchs annemendt beschehen, sollen „auch krefftig sein, eyn gnugsamme beweisung innzufüren, nach „vermög der recht.“ 9)

In Basel waren guarentigiirte Urkunden nach dem Muster der romanischen Praxis schon um's Jahr 1528 in anerkanntem Gebrauch, wie sich aus den gedruckten Formularien jener Zeit ergibt:

„Ein schuldbrieff vor gericht auffgericht Baßler.“ 10)

„Ich Conrat Dolter, Schultheiß zu mindern Basel, an „meiner herrn stat, des Burgermeisters vnd der Reten der „stett Basel, thun kund allermengklich, das auf datum vor „mir in offnem gericht die erbern N. burger zu Basel vnd „N. sein eeliche haußfraw . . . bekant und verjehen haben, „das sie beide für sich vnd jre erben gemeinlich vnd vnuer„scheidelich rechter redlicher verrecheter schuld schuldig seyen vnd „gelten sollen dem ersamen N. auch Burger zu Basel hundert

9) Vndergerichts ordnung des Ertzstiffts Meyntz . . . jetzt newlich gemeynem nutz zu gut gemacht, geordent vnd auffgericht. MDXXXIIII., (Gedruckt zu Meyntz durch Juonem Schöffer 1534. f.) Blatt XIV b u. XV.

10) Rethorica vnd Formulare (durch Alexandrum Hugen, viljerigen Stattschreiber zu mindern Basel, auch zu Pfortzheim in der Marggraveschaft Baden vnd zu Calw im Fürstenthumb Wirtemberg u. s. w.) Getruckt zu Tüwingen von Vlrich Morhart im jar M. D. xxviij. (in Fol.) Blatt CCXII b u. CCXIII.

„vnd zweintzig pfund gutter Baßler pfenning, genant stebler, „jme oder seinen erben wider alle gebot, verbott, außzüg, vnd „vnuerhindert mengklichs . . . hie zu Basel in jren sichern „habenden gewalt zu weren vnd zu antwurten zu nachge„schribnen zilen, nemlich auf sant N tag fünfftzehen pfund „u. s. w. so lang vnd vil biß gemelt summ hundert vnd „zweintzig pfund gentzlich bezalt worden ist, Desselben zu guter „sicherheit, so haben jnen die schuldner mit rechtem wissen gut„willig zum krefftigsten aller gerichten vnd rechten, als für „farend gut, anders das hierinn nit geacht oder gehalten „werden sol, dise nachgeschribne jre güter, nemlich das hauß „vnd hoffstat u. s. w. (in vnderpfands weise recht vnd redlich „eingesetzt vnd hafft gemacht). Alles mit gedingten fürwor„ten, ob benant N. vnd N. sein eelich haußfraw . . an be„zalung einichs oder mer zilen seümig wurden, so sollen sie „alsdann die gantze schuld on einich lenger zile für vol zu „geben vnd zu bezalen verfallen sein, vnd haben darnach be„nanter N. oder seine erben durch sich oder jre anwältbotten „vnd alle, die das von jrntwegen thun wöllen, die benannten „N. vnd N. sein eelich haußfraw oder jre erben deßgleich vor„bestimpte vnderpfandsgüttere, vnd ob daran abgieng, alle „andere jr beider oder jrer erben gütere, ligend oder farende, „vnverscheidenlich sament vnd sonders darumb bekümbern, frönen, „hefften, verganten, verkauffen vnd an sich ziehen als ein farend „gut vnd hab mit gericht geistlichem oder weltlichem, biß zu „gantzer bezalung obgemelter hundert vnd zweintzig pfund „sampt allem kosten vnd schaden, darumb jren schlechten wor„ten on trew eid oder andere beweisung zu glauben sein soll.[11]) „Haben auch hierauf beide, nemlich N. vnd N., sonder die

---

11) Vgl. die Formularien des Rolandinus und des Durantis (Be-

„selb N. mit gewaltsamy jrs eelichen mann vnd vogtes, bey „jren trewen in mein des Schultheissen als eins „Richters hand gelobt vnd versprochen, alles, das in disem „brieff geschriben statt, war vest vnd stet zu halten, dawider „nimmer zu reden noch zu thun auch nicht schaffen, verhengen „noch gestatten gethon werden, durch sich selbs noch andere, „heimlich oder offenlich, keinerley weise, haben sich auch ver- „zigen aller freyheiten, gnaden, rechten vnd gerichten, geistli- „cher vnd weltlicher, geschribner vnd vngeschribner, nemlich der „Römischen Keyserlichen freyheit Volleiani senatum consulti „weiplichem geschlecht zu widerbringung jrer gerechtigkeit gne- „digklich verlihen, sondern auch des rechten gemeiner verzei- „hung widersprechende, Des zu warem vrkund ist des gerichts „zu mindern Basel jnsigel nach erkannter vrteil von „gerichts wegen offenlich gedruckt in disen brieffe vnd ob- „genantem N. auff sein begere gegeben. u. s. w."

Ein ähnliches Formular 12) zu einer Schenkung an ein Frauenkloster, mit dem nehmlichen Gelöbniß in des Schult- heissen als eines Richters Hand, schließt mit der Formel:

„Also ward auch E. der Schaffner in seiner frawen vnd „jres Closters namen diser gab vnd mechnusse gesetzt in ge- „walt vnd gewöre nach recht vnd gewohnheit der Stat Basel, „als auch diß alles mit vrtheil vnd recht erkennt ward von „allen denen, so dabei warent vnd hierumb gefragt wurden, „nemlich die ersamen weisen u. s. w." 13)

---

legst. S. 63. u. 78: „et de his credere suo simplici verbo sine sacramento vel alia probatione."

12) Rethorica vnd Formular durch Alex. Hugen, Blatt CLI.

13) Aehnlich in dem Formular zu Schenkungen einer Ehefrau an ihren Ehemann (ebendas. Blatt CLV b) und öfter.

Ferner gehören hierher die zuerst im Jahr 1499 nach einer im Jahr 1498 vorgenommenen Reformation gedruckten Statuten der Stadt Worms,*) Buch III. Titel 24:

„Außzug wider offenbar versigelt brieff, wie vnd wann die beschehen mögen."

„Auß manigfaltigen bewegungen vnd mit zeitigem Rath „haben wir gesetzt vnd geordent vnd wöllen, das wider offen„bar Brieff, der sich beid teil vor vnserem sitzenden „Rath erkennet vnd vmb Versiglung gebetten ha„ben, einer verpflichtung, nachdem vnd solich Brieff Versigelt „vnd übergeben seind durch die selben Partheien inn den „Brieffen bestimpt odder jr Erbenn, kein Außzug statt haben, „gehört noch zugelassen soll werden, dann allein dise hienach„gemelten, Als außzug bezalung des so mit Vrtheil gesprochen „were, oder Pact oder Geding nit zu forderen oder das ein „scheinender verwönter Contract gemacht, dem in der warheit „mit der that nit volg beschehen,[14]) odder das kein außge„truckt vrsach da[15]) oder die selb vrsach nit vollzogen were,[16]) „Aber inn verwenten oder scheinenden Contracten mögen allein „die Erben, wie vor gesetzt ist, außziehen."[17])

[*) Ueber die Ausg. von 1499 s. Bibl. Schwarz. II. p. 252. Ich habe zwei spätere Ausgaben vor mir: vom J. 1513 und vom J. 1531.
Das Jahr 1498 als Zeitpunkt der letzten Revision dieses Statutenbuchs ergibt sich aus folgender Schlußbemerkung der Ausg. von 1513: „Reformacion der Stat wormbs . . . ingesetzt eroffnet: vnnd außgangen jn dem Jare . . Tausent vierhundert Neuntzig vnnd Acht. Nachmals getruckt vnd vollendet in dem Fünffzehenhundertsten vnnd xiii. jar." —]

14) Exc. solutionis, pacti de non petendo, simulationis.

15) Causa debendi.

16) Exc. non adimpleti contractus.

17) Satzung Statuten vnd Ordnungen Beständiger gutter Regierung

Endlich gehört hieher die chursächsische Landesordnung vom 1. Oktober 1555:

„Ueber versatzte Brieff und Siegel.“

„Weil in allen Handlungen, so zwischen denen Leuten „geschehen, billig nichts höher denn Treu und Glaube auch „Brief und Siegel, die ein jeder von sich giebt, sollen bedacht „werden; Und gleichwol vielmals befunden wird, daß ihrer „etzliche zu ihrer selbst Verkleinerung und böser Nachrede, sich „ihrer klaren Schrifftlichen Bewilligung weigern; So ordnen „Wir hiermit: Wo einer seinen offentlichen unläugbaren und „unverfälschten Brief und Siegeln, die keine unehrliche Zusage „in sich halten, vorsetzlich und ohne Ursache nicht nachkommen, „sondern dawider vortheilhafftige Auszüge suchen und erst „darüber erkennen lassen wollte, daß ihm solches keinesweges „gestattet, sondern wir ihn inhalts gegebener Brief und Sie„gel schleunig soll verholffen und keine andere Exception oder „Ausflucht dawider zugelassen werden, dann wo er beweisen „wollte, daß seinen Brief und Siegeln zuvorn allbereit genüge „geschehen; doch soll dem Beklagten unbenommen seyn, was „er folgends nach erlittener Hülffe an dem Kläger wiederumb „durch Recht zu haben vermeinet.“ 18)

---

u. s. w. Weilant in des H. Reichs Statt Worms fürgenommen, Jetz new mit höchstem fleiß Restituirt vnd ann tag geben. Frankfurt 1531. f. Blatt XXVI. — [Der Stat Wormms Reformacion: statuten. ordenung Satzung u. s. w. Am Schluß: . . . getruckt . . 1513. (s. obige Note *).) Blatt XXXI b.]

18) Ausschreiben Churfürst Augusti etlicher Artikul, so sie auf deroselben Landschafft unterthänigen Rath und Bedenken in Sachen Policey und anders belangend zu Abwendung derer angegebenen Land-Gebrechen in Ihren Landen verordnet den 1. Oktober 1555, — in Lünig's Codex Augusteus oder neuvermehrtes Corpus juris Saxonici. Leipz. 1724. f. Th. I. S. 52.

Diese Verordnung wurde durch die Torgauer Artikel vom 8. May 1583 folgendermaaßen erweitert:

... „Es trägt sich auch gemeiniglich zu, daß die, welche „sich dergleichen wucherlicher Contracte befleissen, die Verschrei-„bunge dahin, als ob es alles baar Geld und richtige Schuld „wäre, stellen und dermassen meisterlich verblümen lassen, daß „man daraus keinen Wucher zu spühren und zu vermercken, „und da gleich hernacher, wann es zur Execution kömmt, des „Wuchers halben wider sie excipiret werden will, so behelffen „sie sich darwider mit unser Landes-Ordnung, darinnen aus „vernünfftigen und rechtmäßigen Ursachen versehen, daß über „richtige Brief und Siegel schleunig verholffen werden soll, „und wird also dieselbe sehr übel gemißbrauchet."

„Nun sind wir wohl nochmals gesonnen, es hierinnen „bey solcher unserer Landes-Ordnung wenden zu lassen, son-„derlich weil auch der, welcher auf einen wucherlichen Con-„tract dergleichen Verschreibung von sich gegeben, nicht ohne „Schuld ist, und also ihme solches, daß darauf mit der Hülffe „wider ihn verfahren würde, selbst zuzumessen, und darneben „auch ihrer viele zu befinden, welche alleine dieses, daß mit „ihnen wucherlich contrahiret sey, ihrem Brief und Siegel zu „wider, nur zu einem Schein fürwenden, und dadurch ver-„gebliche Ausflüchte suchen."

„Da aber dennoch einer, der dergleichen Exceptiones „fürwendet, binnen der Zeit, da ihme die Hülffe angekündiget, „und dieselbe würcklichen ergehen soll, und also in continenti „und auf frischem Fusse solche Exception genugsam wird be-„scheinen und darthun können, daß es ferner Zeugniß und „Ausführung nicht bedürffe: so soll auch über dergleichen wu-„cherliche Contracte und darüber erlangte Verschreibung keine „Hülffe nicht vollstrecket werden; ausserhalb dessen aber, und

„da es auf fernerer Ausführung stehen will, soll vermöge „gedachter unserer Landes-Ordnung auf klare Briefe und „Siegel mit der Hülffe schleunig verfahren, und dem Schul-„dener diese seine Exception so wohl als andere, vermöge „vorgedachter unserer Landes-Ordnunge und Constitution, „nach ergangener Hülffe und beschehenen würcklichen Bezah-„lung fürgehalten werden, und da alsdann der, wider den „des Wuchers halben excipiret wird, unter uns nicht besessen, „oder man sich sonst an ihme nichts zu erholen haben mag, „so soll auf solchen Fall das Geld an gewisse Oerter hinter-„leget werden und dem Gläubiger nicht eher würcklichen folgen, „es sey dann, daß er hiergegen gnugsamen Vorstand gemachet „habe, damit er durch dergleichen Räncke der Straffe nicht „entgehen möge.“ [19])

In der Erledigung der Landesgebrechen vom 23. April 1612 werden obige Vorschriften auf Beschwerde der Ritterschaft von neuem eingeschärft, wie folgt:

. . . „wollen Wir nochmals, daß inhalts der Landes-„Ordnung wider klar Brieff und Siegel keine Exceptiones „und Disputationes, so nicht in continenti durch unläugbare „Uhrkunden oder sonsten ex Actis oder Confessione Partis „erweißlich seyn, zugelassen, sondern der Debitor damit in die „Reconvention gewiesen werden soll, Es hätte dann die für-„geschützte Exceptio gleichfalls ex natura Contractus ihren „Ursprung und wäre ex ipsius Instrumenti Inspectione also-

---

19) Churfürst Augusti Ausschreiben, wie es auf der Landschaft bei dem zu Torgau gehaltenen Land-Tage unterthänigste Bitte und räthliches Bedenken in etlichen Articuln, Policey und Justitien belangende, gehalten werden solle, den 8. Maj. Anno 1583, Tit. Vom Wucher, — Lünig's Cod. Aug. Th. I. S. 141, 142.

„bald zu verificiren, Als da seynd Exceptio non secuti im„plementi, rei non traditae und dergleichen" . . .[20])

Das Beispiel der sächsischen Gesetzgebung hat bald ähnliche Bestimmungen auch in anderen Theilen Deutschlands hervorgerufen, welche sich im Laufe des XVI. und XVII. Jahrhunderts so sehr vermehrt haben,[21]) daß sie hier unmöglich in's einzelne verfolgt werden können. Nur um zu zeigen, wie sich diese Bestimmungen bis auf die neuesten Zeiten gleich geblieben sind, sey hier das Beispiel der noch heute geltenden baierischen Gerichtsordnung vom J. 1753 angeführt, welche vom Exekutivprozeß nicht mehr und nicht weniger enthält, als Folgendes:

„Mag zwar in Verbriefft und liquiden Schuld-Forde„rungen, woraus sowohl das Quantum als Quale nebst der „Person des Schuldners und Gläubigers genugsam erscheint, „die Klag communicirt werden, man soll aber auch allzeit

---

20) Cod. Aug. Th. I. S. 179.

21) Gaill (+ 1587) de arrestis imperii cap. IX. num. 18: „Proinde laudabili consuetudine Austriaca et aliis in locis receptum est, quod debita confessa instrumentis et chirographis debitorum paratam executionem habere debeant reservatis post solutionem debitoribus quibuscunque exceptionibus." — Friderus de mandatis cap. LXX. §. 7: „Eadem summaria syngrapharum executio etiam plurimis aliis Germaniae in locis observatur." — Heigius Quaest. jur. P. II. qu. 7. num. 24: „Alibi per constitutiones speciales introductum, . . . ut instrumenta publica . . . privatae etiam scripturae recognitae et liquidae absque judiciorum vulgato strepitu citato saltem ad videndum sibi mandari solutionem debitore executioni properiter mandentur." — Mevius von wucherl. Contr. Cap. 3. §. 9. bezeugt: „daß fast aller Oerter auch ex specialibus statutis et moribus nunmehr die Schuldverschreibung paratam executionem haben, und für ein gemein Recht und Gewohnheit in Teutschland wohl mag gehalten werden, daß auf klare ohnleugbare Verschreibung ohne gerichtlichen Prozeß stracks zur execution geschritten werde."

„zugleich eine Commission ad producendum Originale anbe„raumen, und wann hierbei das Instrument weder diffitirt, „noch durch andere Rechtserheblich- und in continenti liquidirliche „Einwendungen abgeleint werden kann, ohne weiters zur Exe„cution schreiten und all übriges, was altioris indaginis ist, gleich„wohl praestita cautione ad separatum processum verweisen." [22])

§. 4.

Den Charakter eines anerkannten gemeinrechtlichen Instituts aber, dessen Wirksamkeit von besonderen Partikulargesetzen nicht abhängig sey, erhielt das Institut der guarentigiirten Urkunden in Deutschland doch nur dadurch, daß man als unmittelbare Quelle desselben das gemeine d. h. römische Recht bereitwillig anerkannte.

Vor allem wurde der von den romanischen Juristen überlieferte Grundsatz geltend gemacht: daß das Recht der paraten Exekution, welches den guarentigiirten Urkunden der Italiener, Spanier und Franzosen gebührt, nach gemeinem Recht vertragsmäßig bestellt werden könne und daß dazu nichts weiter erfoderlich sey, als die Einverleibung irgend einer Exekutivklausel in die Vertragsurkunde. [1])

Hierauf beruht denn auch die Praxis des Reichskammergerichts, welche ohne andere gesetzliche Grundlagen als die des gemeinen d. h. römischen Rechts allen mit einer Exekutivklausel versehenen Vertragsurkunden das Recht der paraten

---

22) Cod. jur. Bavarici judiciarii. Cap. 3. §. 3. Num. 5.

1) Gaill de pace publica. Lib. I. cap. 2. num. 25.—29. — Colerus P. I. cap. 5. — Friderus cap. LXXI. — Heigius P. II. qu. 7. num. 41. sqq. — Gilhausen cap. X. §. 6. de pacto paratae executionis in bona debitoris. — Mevius Cap. 3. §. 8.

Exekution nach dem Muster der romanischen Praxis zuerkannte. Ein Zeugniß Gaill's, welches bis auf das Jahr 1550 zurückgeht, möge hier Platz finden:

„Valet autem pactum vel conventio debitoris, ut mora „solvendi commissa immediate omisso medio judice in Ca„mera conveniri possit . . .; imo amplius valet pactum, ut „post moram debitoris Camera imperialis ab executione „nullo praevio ordinario processu incipere et executoriales „petente creditore sub poena pecuniaria decernere posset... „Et ita ex conventione partium decreta sunt mandata exe„cutorialia in Camera in causa Herbrodt contra Marchionem „Brandenburg 24. Ianuarii Anno 50. et in causa Egmond „contra Palatinum, item in causa Herod contra Neteruard „13. Octobr. Anno 63. Conventioni quidem poena banni „adjecta erat, sed executoriale mandatum concessum tantum „fuit sub poena pecuniaria aliquot marcarum auri, idque in „communi et consueta forma, videlicet mandabatur debitori, „ut intra sex septimanas et tres dies moram solutione de„biti purgaret cum annexa citatione ad docendum de pari„tione vel videndum se declarari in poenam mandato exe„cutoriali insertam aut allegandum causam, cur hoc fieri „non debeat. 2)

Schon zur Zeit des Heigius war der Gebrauch der Exekutivklauseln so gemein, daß sie fast in allen Vertragsurkunden vorkamen.3) In den Formelbüchern der Notarien finden sie sich noch viel früher als ein stehender Artikel.4)

---

2) Gaill l. c. num. 25—28.

3) Heigius l. c. num. 44: . . cumque hodie nullum pene instrumentum de alicujus notabilis quantitatis debito conficiatur absque praedicto pacto executivo et aliis similibus clausulis etc.

4) Schon oben ist bemerkt worden, wie in der zu Frankfurt 1539 ge-

Als Exekutivklausel aber ließ man Alles gelten, was irgendwie einer Verpflichtung zur paraten Exekution oder einem Verzichte auf die richterliche Hülfe gegen die buchstäbliche Erfüllung der übernommenen Hauptverbindlichkeit gleich kam. Daher mußte denn auch den althergebrachten, durch den ewigen Landfrieden ihrer eigenthümlichen Wirksamkeit beraubten Verpflichtungen zur Duldung der Privatgewalt die Wirksamkeit einer Exekutivklausel im modernen Sinn allerdings zuerkannt werden. Hieher gehört ferner das nach dem genannten Landfrieden besonders häufig vorkommende, erst im J. 1577 verbotene pactum obstagii „darburch sich einer zur Leistung, zum Einlager, zum Einreiten auf Anmahnung des Gläubigers verschreibet," 5) die Verzichtleistung auf alle Schutzmittel und Wohlthaten geistlichen und weltlichen Rechts und dergleichen. Als Beispiel möge folgendes Formular einer Bürgschaftsurkunde dienen:

„... Und ob es sach were, daß der gemelte Herr „vonn N. (Hauptschuldner) an bezalung solicher 2000 Gülden „seumig würde, so verschreiben wir uns inn krafft diß Brieffs „... als Bürgen und Hauptschuldner ..., welche zeit „daß wir von dem Herrn Grafen zu N. (Gläubiger) mündlich „oder schriftlich ersucht würden, daß alsdann unser jeder in „aigner Person und einem Reisigen Knecht, das ist mit zweien

---

druckten Ars notariatus sogar die Formel der clausula guarentigiae mit Erwähnung des Stadtrechts von Florenz vorkommt. Unter den Formularien dieser Sammlung findet sich auch (Tom. II. fol. 7—8) das Formular einer Schuldverschreibung in forma camerae apostolicae. Ueberhaupt waren alle Formen der ausländischen exekutorischen Urkunden durch die Formelbücher in Deutschland wohl bekannt. Im größten Ansehen stand besonders das speculum juris des Durantis.

5) Friderus cap. LXXI. §. 9.

„Pferden, in laistung gen N. in die Herberg zur Kron ge„nannt, oder auff ein Meil wegs darumb ziehen oder schicken „sollen und wöllen und nit daraus zu schaiden also lang, biß „der vielgenannt Herr Graf N. oder seine Erben gentzlich und „genugsam Hauptsumma, Kosten und schaden bezalt und ver„gnügt würden, Und ob wir hierinn seumig würden, so mag „der vielgenannt Herre N. zu unserem Leib und gut greiffen, „wie er kann oder mag, es sey mit worten oder werken, und „was sein gnade also gegen uns fürnemen würde, soll sein „gnad recht und wir unrecht haben, Hiergegen soll uns kain „Freihait, Gelaidt oder Landtsgewohnheit, kain Beneficien, „Exception oder Freihait, so Bürgen inn Gaistlichen oder „Weltlichen Rechten haben, noch sonst etwas anderes schützen „schirmen oder helfen, dann wir uns deren hiermit gentzlich „verzeihen und verziehen haben und diß obgeschrieben stück in „trewen und an eins rechten Eydes statt gelobt und geschworen „zu halten." [6])

Welcher Klauseln man sich in Basel, in Trier bediente, haben wir oben gesehen. Auf eine Trierische Urkunde vom 17. August 1618, versehen mit einer voluntaria condemnatio des Raths von Mechlen [7]) vom 30. August 1618 erkannte das Reichskammergericht im Jahr 1625 sofort

---

6) Aus dem „Formular Allerlai Schrifften Briefe vnd Instrumenten" u. s. w. („Getruckt zu Franckfurt am Mayn, Bei Christian Egenolffs Erben, Anno 1557". f.) Blatt CXXXII. — Aehnliche Formularien finden sich überall; vgl. insbesondere: Hoch oder gemainer Teütscher Nation Formular . . . durch Johann Heliam Meichsner, Franckfurt 1563. f. Blatt XXXV^b—XXXVI^b.

7) Abgefaßt im Namen Albrecht und Isabella Clara Eugenia, Infantinne von Hispanien; Ertzherzogen zu Burgund u. s. w. Herrn zu Friesland, Salinß undt zu Mechlen u. s. w. gleich der Formel der exekutorischen Urkunden in Frankreich.

nach Vorzeigen der Urkunde ein mandatum executoriale.[8]) Nach Noë Meurer († 1583) scheint das Reichskammergericht selbst dergleichen „decreta condemnationis partis ad servandum pacta seu promissa“[9]) ohne Anstand ertheilt zu haben, wenn nur beide Kontrahenten in gutem Einverständniß darum nachsuchten.[10])

In den Niederlanden kommt als Exekutivklausel die Verpflichtung vor: met alsulck recht alsmen s' Princen Domeynen ende Penninghen innet[11]) oder: met Wees-Kinders (Waisenkinder) Recht, oder: op heerlicke ende reale executie van den Hove van Hollandt.[12])

Die gewöhnlichste, regelmäßig in allen Vertragsinstrumenten vorkommende Exekutivklausel war die Verpflichtung zu Duldung der Exekution mit oder ohne Recht oder Gericht:

... „hete der gemelt N. (Gläubiger) vollen gewalt vnd „gut recht ... mich, mein erben vnd unser güter, ligende „vnd farende, umb schaden vnd hauptgut anzugreiffen, zu „schedigen vnd zu pfenden, in Stetten, Dörffern, auf wasser „oder land, mit gericht geistlichem oder weltlichen oder ohn

---

8) Die hieher gehörigen Aktenstücke sind vollständig abgedruckt in Bergmann's Einleit. in die Praxis der Civilproc. Göttingen 1830. S. 34 ff.

9) Also wahre praecepta guarentigiae.

10) Practica von deß Cammer-Gerichts Ordnung vndt Proceß durch Noe Meurern Th. 10. Tit. Decretum condemnationis partis ad servandum pacta seu promissa. (Ed. Meynz 1592. f. Blatt CCCII.)

11) Merula Synopsis praxeos civilis, Maniere van Proceberen in dese Provintien Hollandt, Zeelandt ende West-Vriesland, belangende Civile saken. Aemsteldam 1592. Lib. IV. Dist. IV. Sect. V. Tit. XIII. (Van Parate Executie.) Cap. I. §. X. pag. 479.

12) Merula l. c. Dist. II. Tit. I. Cap. XIII. §. IV. pag. 81.

„gericht in allweg vngefrevelt, so lang vnd vil, biß solichs „aufgenommen gelt mit sampt dem gelitnen schaden gentzlich „außgericht vnd vergolten wirt." [13])

So lang man nun dem Grundsatze getreu blieb, daß das Recht der paraten Exekution gemeinrechtlich nur den mit einer Exekutivklausel versehenen Urkunden zukomme, anderen Urkunden aber, seyen sie der Form nach auch noch so glaubwürdig, versagt werden müsse, so lang hielt man sich allerdings auf der von der Praxis der romanischen Länder betretenen Bahn; man durfte sich daher auch erlauben, die solchergestalt als exekutorisch anerkannten deutschen Urkunden instrumenta guarentigiata zu nennen, [14]) und auf dieselben das ganze System von Rechtssätzen anzuwenden, welches sich in den romanischen Ländern aus der italienischen Guarentigia allmählich herausgebildet hatte.

In der That hat die Praxis der Reichsgerichte diesen Grundsatz, welcher auch in dem Deputationsabschied zu Speier vom J. 1600 §. 31—35 [15]) sehr bestimmt ausgesprochen ist, stets festgehalten. Hieran hat auch der jüngste Reichsabschied (v. 1654) in §. 174 [16]) nichts abgeändert; denn es ergibt sich aus dem Zusammenhange mit den vorhergehenden §. §. klar, daß die Bestimmung des §. 174 nicht darauf gerichtet ist, das Erfoderniß einer Exekutivklausel nachzulassen oder

---

13) Rethorica vnd Formular durch Alex. Hugen. Tüwingen 1528. Blatt CCXII. Aehnliche Formeln finden sich in allen deutschen Formelbüchern des XVI. und XVII. Jahrhunderts. Vgl. auch Friderus cap. LXXI: De clausulis obligatoriis, quibus in cautionibus plerumque utimur.

14) Wie dieß seit Ende des XVI. Jahrhunderts regelmäßig geschieht.

15) Bergmann, corp. jur. jud. S. 332—334.

16) Bergmann S. 477. — N. Samml. der Reichsabsch. Th. III. S. 673.

über die Voraussetzungen der paraten Exekution überhaupt etwas Neues zu verfügen, sondern lediglich darauf, die zukünftig erst anfallenden Zinsen von der aus Rücksicht auf die traurigen Folgen des Kriegs in §. 173 ausgesprochenen theilweisen Niederschlagung und theilweisen Stündung der rückständigen Zinsen auszunehmen, also bezüglich derselben es bei der Regel des gemeinen Rechts und der Praxis der Reichsgerichte zu belassen.

Hiermit stimmt denn auch das Concept des Reichsabschieds von 1670 vollkommen überein.[17])

§. 5.

Auch in Deutschland also ist das Institut der guarentigirten Urkunden in derselben Weise wie in Spanien und Frankreich und mit denselben inneren Beziehungen zur Doktrin und Praxis der Italiener aufgenommen worden. Mit demselben hat man zugleich das ganze, in den romanischen Ländern schon sehr ausgebildete System des **Verfahrens** übernommen, und ist demselben lange Zeit getreu geblieben. Von diesem Verfahren läßt sich hier kaum noch etwas sagen, ohne in baare Wiederholung dessen, was oben schon über das Verfahren der weltlichen und geistlichen Gerichte Italiens, Spaniens und Frankreichs gesagt ist, zu verfallen.

Die Darstellung und Würdigung des **heutigen** Zustandes gehört nicht sowohl in die Geschichte als in das System des deutschen Exekutivprozesses.

Nur über einige Hauptpunkte, durch welche sich die unserer Zeit eigenthümliche Auffassung des Exekutivprozesses von der früheren so sehr unterscheidet, daß man darüber den ge-

---

17) Bergmann S. 468.

schichtlichen Zusammenhang ganz aus den Augen verloren, ja geläugnet hat, scheint hier noch Einiges beigebracht werden zu müssen.

Neben der gesunden Praxis der Reichsgerichte und trotz dem unmittelbaren Einfluß der Theorie italienischer, spanischer und französischer Juristen auf die deutsche Praxis überhaupt[1]) gerieth die deutsche Rechtsgelehrsamkeit doch schon sehr frühe auf Abwege.

Einzelne Zeugnisse über die Herkunft und ursprüngliche Bedeutung der Guarentigia ließen sich zwar durchaus nicht ignoriren: auch Coler, Frider, Heigius und ihre Nachfolger haben sich der Ueberlieferung derselben nicht entziehen können.[2])

Allein schon Frider spottet ungläubig über den Begriff und die ursprünglich partikularrechtliche Bedeutung der Guarentigia, wie er sie in jenen Zeugnissen findet;[3]) ihm bedeutet

---

1) In den Schriften der deutschen Juristen finden sich Autoritäten wie die des Suarez, Comez, Covarruvias, Boërius, Chassenaeus fast auf jeder Seite angeführt.

2) Colerus P. I. cap. 3. num. 4. pag. 102 . . . „statuta locorum, in quibus disponitur, quod instrumenta confessionata habeant paratam executionem quemadmodum sententiae, Bald. in l. un. C. de confess., prout sunt in Tuscia et Italia instrumenta guarentigiata secundum Baldum, . . idque propter jussum notarii habentis jurisdictionem et potestatem mandandi ex forma statuti ei, qui coram ipso confitetur debitum. Hinc est, quod alibi tradit Alexander, guarentigiam nihil aliud esse nisi praeceptum factum per notarium de instrumento rogatum a partibus, ut observent contenta in instrumento etc.“ — Friderus Cap. LXIX. §. 3. et §. 4. pr. — Heigius P. II. qu. 7. num. 21.

3) Friderus Cap. LXIX. §. 4. verb. Id, inquam, ridiculum et improbabile est. etc.

instrumentum guarentigiatum nichts anderes, als ein öffentliches (notarielles oder gerichtliches) Instrument;[4]) nach ihm ist das Recht der paraten Exekution nicht nur aller öffentlichen Urkunden, sondern auch der Privatscripturen unmittelbar in den Vorschriften des römischen Rechts gegründet,[5]) ohne daß es irgend einer vertragsmäßigen Uebereinkunft der Parteien z. B. durch Einverleibung einer Exekutivklausel bedürfe;[6]) alles Gewicht wird einzig darauf gelegt, daß die Schuldurkunde ein debitum liquidum enthalte.[7])

Dieser Lehre,[8]) wenigstens den entscheidenden Punkten und Resultaten derselben, ist späterhin der große Haufe der sogenannten praktischen Scribenten des XVII. und XVIII. Jahrhunderts, von welchen der eine den anderen auszuschreiben pflegte, fast ungetheilt zugefallen,[9]) so daß man nunmehr

---

4) §. 2. l. c.

5) §. 3. §. 11. l. c. — Cap. LXX. §. 1. §. 3.

6) Cap. LXIX. §. 11.

7) §. 11. cit.

8) Welche dem Coler geradezu widerspricht und von Heigius entschieden mißbilligt wird, ohne daß jedoch einer von ihnen sich den historischen Zusammenhang und die eigentliche Bedeutung desselben klar gemacht hätte.

9) Mevius ad jus Lubecense Lib. III. tit. 1. art. 1. num. 4. sqq. „in liquidis (quando constat, an, cui et quid debeatur,) executive et summariissime proceditur . . . Fit autem et demonstratur liquidum debitum, ut parata executio locum accipiat 1) ex re judicata 2) ex testamentis . . . 5) ex solennibus et publicis instrumentis a notario praesentibus partibus legitime confectis, non modo propter specialia locorum statuta, sed etiam de jure communi" . . . — Wenn auch andere Schriftsteller gedankenlos nachgeschrieben haben, was bei ihren Vorgängern über die guarentigia, so wie darüber, daß instrumenta publica simplicia nach römischem Recht parate Exekution nicht haben, geschrieben steht, wie dieß allerdings häufig vorkommt, so

jeder liquiden, d. h. jeder solchen Urkunde, aus welcher das cui, quid, a quo, cur et quando debeatur ersichtlich ist, das Recht der paraten Exekution einräumte und unter instrumentis guarentigiatis nichts anderes verstand als instrumenta liquida „klare Brief und Siegel,"[10]) wobei es charakteristisch genug ist, daß sich die Liebhaberei für den fremden Ausdruck um so mehr steigerte, je sinnloser derselbe geworden war.[11])

Man vergaß endlich auch, daß die wesentlichen Eigenthümlichkeiten des Exekutivprozesses auf der Beschaffenheit des

---

stimmen sie doch in den Resultaten mit Frider und Mevius vollkommen überein. Freilich gibt es auch Ausnahmen, zu welchen besonders Lauterbach collegium theoret. pract. Lib. XXII. tit. IV. §. 45.—47. gehört.

10) Stryk introductio ad prax. for. Cap. I §. 15: Executivus enim processus est, ubi sine processus ordinarii solennibus ob causae liquiditatem, statim executio petitur, exceptiones vero in continenti non liquidabiles in reconventionem rejiciuntur; e. g. si ex instrumento guarentigionato i. e. klare Brieff und Siegel quis agat, facta simplici petitione de recognoscendo instrumento obligationis statim executionem impetrare potest. — Schilter prax. jur. Lib. V. tit. 1. § 15: Partes substantiales hujus processus sunt productio et recognitio instrumenti s. documenti, quo in continenti debitum docetur. quod guarentigiatum appellamus. — Berger elect. proc. exec. § 5: „quod nos instrumentum guarentigionatum Brief und Siegel vocamus." § 9: „Instrumenti guar. in quo veluti fundamento innititur processus executivus, duo inprimis sunt requisita. Primum est, ut sit clarum i. e. ut inde quid, quale quantumve, a quo et cui debeatur, eluceat, . . . ut causam debendi contineat. Alterum est, ut sit purum.

11) Er ist in der That heutigen Tags wahrhaft sinnlos. Wenn heutigen Tags die Liquidität aus mehreren Dokumenten zusammengetragen werden darf, von welchen keines vollkommen „liquid" ist, so frage man sich: welches von diesen Dokumenten das „guarentigiirte" seyn soll? Sollte man vielleicht Lust haben, das Gerassel unserer Terminologie zu verstärken, so ließe sich wohl noch ein complexus instrumentorum guarentigiatus statuiren.

Streitgegenstandes, nicht auf der Besonderheit der Prozeßformen beruhen.[12]) Ja man kam auf diese Weise dazu, den Unterschied des Exekutivprozesses von dem gewöhnlichen nur in der Verschiedenheit des Verfahrens zu suchen, wobei man denn die Entdeckung gemacht hat, daß der Exekutivprozeß schneller zur Hülfsvollstreckung führe, als der ordentliche und deßhalb Exekutivprozeß genannt werde.[13])

So hatte man denn eine summarische Prozeßart, deren Wesen nunmehr nach der gemeinen Meinung darin besteht, daß mit der Klage zugleich ein Urkundenbeweis über den ganzen Grund der Klage zu verbinden ist;[14]) und hierdurch allein unterscheidet sich nach dieser Meinung der Exekutivprozeß vom ordentlichen.

Aus dieser Ansicht mußten sich nothwendig Konsequenzen entwickeln, welche in Verbindung mit den überlieferten ganz heterogenen Konsequenzen der ursprünglichen Grundlagen des Exekutivprozesses die Theorie schwankend und willkührlich, die Praxis aber schwerfällig und heillos gemacht haben.

Nur in Wechselsachen, und in diesen wohl nur deßwegen, weil sie dem zwingenden Einfluße der zünftigen Juristen nicht so ausschließlich unterworfen waren, hat sich eine gesundere,

---

12) Vgl. oben Kap. II. §. 13. [Ich sage: endlich; denn noch bei Suendendörffer, Proc. Fibigianus, P. II. cap. I. membri II. sect. 1. (Ed. IV. Lips. 1714. p. 1054) ist zu lesen: Sunt ergo causae executivae, ubi non amplius de debito et de jure petentis quaeritur, sed de ipsa executione agitur, ita ut judicis officium ibi non sit in Condemnando, sed in exequendo.]

13) Kori Executivproz. §. 1. a. E.

14) Ludovici Einleit. zum Civ. Proc. (1. Ausg. 1707; 13. Ausg. 1768. 4.) Kap. 3. §. 3. und alle seine Nachfolger bis auf den heutigen Tag.

den geschichtlichen Ueberlieferungen mehr entsprechende Praxis bis auf den heutigen Tag erhalten. Der Theorie des Exekutivprozesses im Allgemeinen sollte aber auch hieraus kein Gewinn erwachsen, obwohl es leicht genug war, die Abweichungen des gewöhnlichen Exekutivprozesses von dem Verfahren in Wechselsachen als Erzeugnisse des Schlendrians und Mißverstands zu erkennen und zu berichtigen. Statt dessen hat man vielmehr jene willkührlichen und schlechten Abweichungen systematisch sanktionirt, indem man sie wiederum zur Spaltung des innerlich Zusammengehörigen, ja Identischen, durch Aufstellung einer eigenen Prozeßart, des Wechselprozesses, benützte.[15])

15) Ludovici, Einleit. zum Wechselproz. — Danz, summar. Proz. zehentes Hptst. (§. 85 ff.) Vom Wechselproz. — Süptitz, summar. Proz. S. 61, welcher den Wechselprozeß als eine „nicht gemeinrechtliche Lehre" von seinem „Lehrbuch der summarischen Prozesse" ganz ausschließt.

I.

Toskanisches Placitum vom Jahr 1058.[1])

Zu Kap. II. S. 64. Note 6.

In Dei nomine.

In comitatu Clusino in loco Villa, quae vocatur ad sanctum Peregrinum in plebe S. Mariae de Figuinae, ubi in palatio residebat Gotifredus marchio, et dux, necnon et dominus Ildeprandus sanctae Romanae Ecclesiae legatus astantibus ibidem comitibus, scilicet Raynerius comes filius quondam Ardinghi, et Tegrenus, et Bulgarellus comites, et Ugo quondam Uguccionis cum caeteris nobilibus Tusciae, et cum judicibus siquidem infrascriptis, Lambertus cum germano suo Vidone, et Gozolinus, atque Petrus, et Segnorellus, et Paganellus sacri palatii judices, in quorum praesentia aderat dominus Petrus venerabilis Episcopus Clusinae sedis, de quo se proclamabat dominus Vincentius S. Januarii monasterii Abbas de Capoleonis cum fratribus, seu advocato suo, quod praedictus Petrus Episcopus contendebat terram

---

1) Aus Ferdinandi Ughelli Italia sacra, sive de episcopis Italiae etc. Ed. II. Venet. 1718. f. Tom. III. pag. 627—628. Dieser Abdruck muß natürlich wörtlich wiedergegeben werden, obgleich der Text an mehreren Stellen bis zur Sinnlosigkeit entstellt ist.

cum castello de Palerita, et Ecclesia sancti Blasii praedicti monasterii. Praedictus itaque dux hoc audiens, cum summa diligentia, et cautela inquisita veritate ab omnibus, jussumque Episcopi, quoniam et Abbas, seu per confessionem eorundem Praesulum, et Abbatum, et Ardinghi filii Tusi, et Buccii filii quondam Gorberti advocatorum, et procuratorum eorum, quod medietas jam praedictae terrae, et castellum esset de Ecclesia sanctae Mustiolae, et altera medietas pertineret ad Ecclesiam, et monasterium sancti Januarii de Capoleonis. Tunc laudator supra dictorum judicum, praelibatique ducis, et praecepto legis, ubi invenerunt confessos suo jure praejudicatos haberi placeat [2]) secundum suprascriptam confessionem, et jussionem legis. Petrus Episcopus spontanea voluntate simul cum advocato suo Ardingo refutavit, definivit medietatem de supradicto castello, et Ecclesia, et aedificio cum medietate illius terrae, quae infra subscriptos fines invenitur, a termino qui vocatur, a vado della nave, et sicut currit via, usque ad vadum de Poscia, sicut currit fossa tunc de Lombarda, et mittit in fossum de Canale, et sicut terra dividitur juxta domum lituli Tignanensis, et sicut pervenitur ad domum . . . . sicut currit fossatum de Lucernia usque in fluvio Poscia, et sicut ipse fluvius defluit ad viam, quae vocatur Piscina cervaria, et sicut currit per viam de Campo vetulo, sicut fossatum, quae dicitur Minatorio mittit in Paganico, et sicut fluvius Paganicus currit usque in vadum della Nave. Insuper

---

2) Schon v. Savigny, Th. II. Kap. XIV. § 81. Note f. S. 230. macht auf diese Stelle wegen ihrer unverkennbaren Beziehung auf die Grundsätze des römischen Rechts über die confessio in jure, insbesondere auf den (freilich etwas entstellten) Text der L. un. C. de confessis, aufmerksam.

obligavit se, suosque successores Episcopos tali tenore, qui amodo nullo modo praesumant alio ingenio praedicto Abbati, vel successoribus suis, vel monasterio inquietare, vel aliquam molestiam de praedictis rebus inferre per se, vel per commissam personam, quod si praesumpserit, componat decem libras purissimi auri ipse Episcopus, vel successores sui praedicto Abbati, vel successoribus suis, aut monasterio similiter praefatus Abbas cum advocato suo refutavit, et diffinivit, et obligavit se, suosque successores eodem modo sub eadem poena praedicto Episcopo, ejusque Ecclesiae, suisque successoribus, de altera medietate, exceptis sive antepositis tribus mansionibus, cum hortis, et casis, et vineis, quarum una regitur per Joannem Massarium filiorum Aduli, alia casa recta est per Augustulum Massarium filiorum Martini, tertia recta est per Stephanum filium Tosuli. Hoc ita per actum, tunc praedictus dux, et marchio misit bannum, quod si alterutra pars invicem audeat molestare alteram de praefatis rebus, quatenus componat argenti optimi libras centum, medietatem parti publicae, et medietatem laesae parti.

Actum est hoc anno Dominicae Incarnationis 1058. 17. Kalendas Junii, Indict. XI.

Locus † signi manus Gotifredi ducis inclyti, qui huic causae praefuit.

Ego Petrus Episcopus Clusinae sedis in hac definitione subscripsi.

Ego Martinus presbyter, et Canonicus laudans interfui.

Ego Petrus judex interfui.

Ego Zelio judex interfui, et subscripsi.

Ego Yvido judex interfui, et subscripsi.

Ego Yvido notarius complevi, et subscripsi.

Ego presb. Gerardus, et Can. laudans interfui, et ss.

Ego Petrus presb. et canonicus laudans interfui subscripsi.

Ego Yvido judex in hoc exemplar post relectum a me diligenter, et percipiente Yvidone notario, ut eum subscriberet, manu mea subscripsi.

Ego Griffo notarius exemplum hujus chartae vidi, et legi, et fideliter exemplavi.

Ego Blancus notarius, ut ex exemplario vidi, iterum subscripsi, et exemplavi anno Domini 1196. Henrico Imperatore in mense Junii, indictione decima quarta.

II.

Aus den Gesetzen von Toro.[1])

Zu Kap. IV. S. 168. Note 21.

. . . y porquanto nos ovimos fecha en la villa de Madrid en el anno, que passo de noventa y nueve, ciertas leyes y ordenanças . . . y entra ellas hezimos una ley y ordenança, que habla cerca de las opiniones de Barto. y Baldo, y Juan Andres, y el Abad, qual dellas se deve seguir en duda a falta de ley: y porque agora somos informados, que lo, que hezimos por estovar la prolixidad y muchedumbre[2]) de las opiniones de los Doctores, ha traydo mayor danno y inconveniente: porende por la presente revocamos, cassamos y anullamos en quanto a esto todo lo contenido en la dicha ley y ordenança por nos hecha en la dicha villa de Madrid y mandamos, que de aqui adelante no se use della ni se guarde, ni cumpla etc.

1) Aus Ant. Gomezii Comment. ad L. 1. Taurin. Ed. Frcf. 1591. pag. 3.
2) Muchedumbre = multitudo.

III.

Ordonnances sur le faict des usures faictes par le Roy Philippes le Bel l'an mil trois cens et unze.[1])

Zu Kap. V. S. 187. Note 12.

Philippus, dei gratia Francorum rex, universis senescallis, Baillivis nostris et justiciariis regni nostri salutem. Pro reformatione publica regni nostri usuras a deo prohibitas et a sanctis patribus, necnon progenitoribus nostris damnatas prohibemus omnibus et singulis tam regnicolis nostris, quam aliis in regno nostro quomodolibet contrahere genus vel speciem quamlibet usurarum: sed graviores usuras, substantias populi gravius devorantes, prosequimur attentius atque punimus. Poenam enim corporis et bonorum ipso facto incurret regnicola vel forensis, qui contra prohibitionem huius praesumpserit, usuras graves huiusmodi frequentare, seu per se, vel per alium se usuris huiusmodi exercendis conferre recipiendo, vel exigendo ultra unum denarium in septimana, quatuor denarios in mense, vel quatuor solidos in anno pro libra. In nundinis vero Campaniae ubi pro expeditione nundinarum mutuatur pecunia

1) Aus Les Loix, Ordonnances et Edicts . . . depuis sainct Lois jusques au Roy Henry II. Paris 1557. fol. 2. et 2b.

vel creditur de nundinis ad nundinas, quae sexies sunt in anno propter graves summas mutuorum vel alias creditas, quae contrahuntur ibidem. Et in nundinarum favorem, infligimus poenam praedictam creditori, qui taliter sub interesse nomine vel alio praesumpserit excedere pro singulis nundinis supradictis lucrum quinquaginta solidorum pro singulis centum libris creditis, vel pro minori crediti quantitate, pro rata: quod intelligimus de lucro quod de mutuo recipitur, vel cambio de nundinis ad nundinas, vel alio modo simili contractus cuiuslibet colore quaesito, ut si creditor supradictam quantitatem, lucrum receperit vel exegerit, poenam committat praedictam. Quia vero sunt plures qui mutuant pecunias alterius ficti contractus colore quaesito, vel contractus alios usurariis mutuis graviores frequentant evidenter in fraudem gravium usurarum, huiusmodi poena praedicta eos prosequimur atque ferimus, tales contractus usurarios esse censentes. Vero per hoc non tollimus quominus impune creditor quilibet interesse legitimum praeter sortem sibi debitam possit exigere ex mutuo vel alio contractu quocunque licito ex quo interesse rationabiliter et licite peti possit vel recipi. Sed ne in fraudem usurarum maxime gravium in contractu mutui ab initio interesse promittatur, vel etiam ex post facto petatur. Si quis ex contractu mutui vel alio credito ratione lucri faciendi, seu non facti propter solutionem non factam debiti pro interesse ultra dictas quantitates exigere vel recipere praesumpserit, poenam incurret praedictam: propter excessum enim praesumimus id fieri in fraudem huiusmodi usurarum. Praeterea prohibemus ne quis creditor literas obligatorias mutui, vel alterius crediti, ut lucrum ex tempore convertatur in sortem, faciat renovari, vel alias usuras vel interesse quomodolibet in sortem con-

vertat: Quod siquis contra fecerit, dictam poenam ipso facto incurret. Caeterum quia mutuantes pluries in fraudem usurarum pecunias vendunt vel cambiunt, et in contractu conventionem adjiciunt, ut solutio debiti eis fiat in alio valore, vel alia pecunia quam sit illa quam tradunt: volumus quod nullus teneatur solvere, nec quis creditor praesumat exigere vel recipere in eo modo pecuniae traditae per eum, vel alios debitum in maiori valore, quam in valore pecuniae traditae, quantum videlicet valebat et currebat communiter juxta ordinationes nostras tempore contractus, et quo pecunia tradita fuit: et si forsan contrarium sit conventum, conventio talis ipso facto sit nulla, creditor qui contrarium faciet, tenebitur poena praedicta. Et rursus plerique propter privilegia nundinarum campaniae concessa pro debitis exigendis contractis in corpore nundinarum debita extra nundinas vere contracta inscribi faciunt vel bona nundinarum ipsarum vel alias tanquam in nundinis contracta ut gaudeant privilegiis supradictis: Prohibemus hoc igitur in futurum, poena amissionis debiti fisci nobis applicandi, cohercentes eosdem notarios sigillantes et ministros quoslibet talia inscribentes falso scienter poena falsi punimus. Sane licet propter damna et onera quae ex praemissis causis et aliis regnum nostrum ex Italicorum mora seu residentia sustinuimus tempore praecedenti: nuper inhibuissemus ne deinceps residentiam facerent in regno nostro, sed exirent inde: quantum ad residentiam supra dictam propter affectionem quam ad patrias habemus Italiae prout et nostri progenitores habuisse noscuntur: Italicis praedictis relaxamus inhabitationem huiusmodi volentes quod Italici mercatores quicunque nobis, regno nostro, ecclesiae dei devoti, et pro defensione fidei nobis fideliter adhaerentes, nedum ingredi pro mercaturis

et causis honestis regnum nostrum et egredi sub nostra protectione valeant, sed etiam residere et morari more solito dum suprascriptam et alias ordinationes nostras tam pro factis monetarum quam aliis editas et edendas fideliter servaverint, et pacifice conversentur: hoc salvo quod Italici qui praeterito tempore in regno nostro moram fecerunt pro commissis per eos nuper sibi per gentes nostras expositis nobis satisfaciant competenter, si gaudere velint gratia supradicta. Praemissam igitur ordinationem nostram per vos senescallos, baillivos, et justitiarios nostros tam assisiis vestris quam aliis in locis quibuslibet vestrae jurisdictioni subjectis publicari jubemus et praelatis, et baronibus senescalliarum et balliviarum vestrarum intimari, ut ipsi praelati, barones, et alij domini terrarum altam habentes justitiam, ordinationem eandem in suis justitiis faciant publicari, et legitime observari: intimantes eisdem quod in eorum defectum nos praemissa omnia faciemus in eorum justitiis legitime custodiri. In cuius rei testimonium sigillum fecimus praesentibus his apponi. Actum apud montem Argi, die Sabbati ante Purificationem beatae Mariae virginis, anno domini millesimo trecentesimo undecimo.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Briegleb, Hans Karl,

Ueber executorische Urkunden und Executiv-Prozeß

Bd.: 1

Stuttgart 1845

J.pract. 32 ha-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10553882-6